

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES RECOURS

CONTRE LES

Délibérations du Conseil de Famille

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 13 Mars 1907, à 1 heure

PAR

Daniel TEYSSIER

Président : M. Ambroise COLIN, professeur

Suffragants { MM. HITIER, chargé de cours
CARPENTIER, chargé de cours

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUE

15, Rue Racine, 15

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES RECOURS

CONTRE LES

Délibérations du Conseil de Famille

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 13 Mars 1907, à 1 heure

PAR

Daniel TEYSSIER

Président : M. Ambroise COLIN, professeur

*Suffragants { MM. HITIER, chargé de cours
CARPENTIER, chargé de cours*



PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUE

15, Rue Racine, 15

1907

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES RECOURS
CONTRE
Les Délibérations du Conseil de Famille

INTRODUCTION

C'est dans le principe même de la famille qu'il faut chercher les sources et surtout la raison d'être de notre conseil de famille. Aussi ne doit-on pas s'étonner que Rome ne lui ait pas donné naissance : la conception que le droit romain se faisait de la famille, conception fondée sur le principe d'autorité, contrairement à celle du droit français fondée sur l'idée de protection, s'y opposait. Le conseil de famille vient en droite ligne de nos anciennes coutumes, et c'est au droit coutumier que le Code civil a emprunté cette idée.

Jusqu'au ^{xiii}e et même jusqu'au ^{xiv}e siècle, il

règne une certaine obscurité sur le rôle que jouent les parents vis-à-vis du mineur. Toutefois, il est certain que sous l'influence du droit romain la tutelle est fondée sur le principe d'autorité, ce qui n'empêche pas que la famille soit consultée dans certains cas.

A partir du ^{xiv}^e siècle une idée se fait jour : les gardes noble et bourgeoise instituées tout d'abord dans le seul intérêt du suzerain, sont considérées comme ayant été créées également dans l'intérêt du mineur et pour le protéger. Peu à peu la famille est consultée plus souvent, ses réunions et ses délibérations sont plus nombreuses, quoique ces dernières ne constituent que de simples avis auxquels les juges ne sont pas tenus de se conformer. Enfin, ce rôle, si petit au début, acquit de l'importance et, à la fin du ^{xviii}^e siècle, les assemblées familiales présentaient de nombreux points de ressemblance avec les conseils de famille actuels.

Il faut cependant remarquer que si l'idée de protéger le mineur s'était fait jour dans notre ancien droit, il n'en est pas moins vrai qu'elle cachait un but égoïste. L'on songeait à défendre les intérêts des mineurs, mais c'était pour défendre aussi les intérêts des parents en conservant dans la famille les propres appartenant à l'incapable.

Le législateur de la période intermédiaire fonda l'intervention des parents sur un autre principe : Des liens que la nature a formés, il en fit un appui pour

les institutions civiles et, se laissant emporter par le courant d'idées généreuses de la période révolutionnaire par la loi des 16-24 août 1790, il créa les tribunaux de famille.

Cette institution ne fut point de longue durée. En effet les rédacteurs du Code civil se trouvaient devant deux alternatives : revenir au principe de notre ancien droit et adopter le système de la tutelle d'autorité ou abandonner définitivement ce principe et organiser la tutelle de la famille : c'est à ce dernier parti qu'ils se sont rangés. Ils rejetèrent les tribunaux de famille, et consacrèrent à nouveau l'institution du conseil de famille confirmant ainsi une pratique déjà ancienne dans notre droit. Huguet, dans son rapport aux tribuns dont il réclame la sollicitude pour la loi relative à la minorité, à la tutelle, et à l'émancipation, dit avec raison que « ce n'est point un système nouveau qui leur est présenté, mais un choix de préceptes, de maximes et de règles déjà éprouvées par l'expérience des siècles et que la raison a justifiées depuis longtemps ».

Quant à l'esprit de la nouvelle législation tutélaire, Huguet, Berlier, Leroy, l'ont indiqué dans des discours pompeux (1). Les rédacteurs du Code ont

1. Huguet, Rapport au Tribunal 3 germinal an XI ; Berlier, Exposé des motifs au Corps législatif 25 ventôse an XI ; Leroy, Discours au Corps législatif 5 germinal an XI,

reconnu à la famille un pouvoir prépondérant, présumant chez les parents une affection qui, souvent démentie par la réalité, montre combien leur aveuglement était excessif. Leroy ne dit-il pas que « par le fait que le conseil de famille est composé de parents ou d'alliés, cette composition garantit les sentiments affectueux qui doivent l'animer » (1) ? A une proposition qui tendait à rendre les parents responsables de l'insolvabilité du tuteur, il répond qu'une telle précaution est inutile, le choix des tuteurs étant toujours fait par les parents « avec toutes les précautions de la bonne foi, avec tous les soins de la tendresse (2) ».

Le conseil de famille, tel qu'il est sorti des travaux préparatoires, est une institution dont les attributions embrassent la nomination et la destitution du tuteur, le pouvoir d'autoriser le tuteur à accomplir certains faits juridiques, le droit d'être consulté sur les mesures à prendre en ce qui concerne la personne et les biens du pupille. En un mot, comme le dit Huguet, « c'est un tribunal domestique placé entre le tuteur et le mineur, où ses intérêts se sont discutés et jugés (3) ».

Malgré l'omnipotence accordée par notre législateur au conseil de famille, il parut sage, afin de con-

1. Fenet, p. 675.

2. Fenet, X, 675.

3. Loqué VII, p. 256.

trebalancer les pouvoirs étendus de l'assemblée familiale et de parer aux actes qui pourraient être contraires aux intérêts du mineur, d'organiser contre les décisions du conseil, des recours devant l'autorité judiciaire. C'est ce que le législateur a fait dans les articles 426, 440, 448, 449 du Code civil.

Mais ces textes ne visent que des cas spéciaux ; par ce fait, les recours contre les délibérations ne constituaient que des exceptions. Aussi le législateur de 1806, dans l'article 883 du Code de procédure civile, sous cette rubrique qui sonne l'ancien régime, « Des avis de parents », a organisé et généralisé les recours contre les délibérations de l'assemblée familiale : « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Les tuteur, subrogé-tuteur, ou curateur, même les membres de l'Assemblée pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. »

Désormais, si l'on oppose le Code civil au Code de procédure civile, le législateur de l'an XI à celui de 1806, on se trouve en présence d'un véritable problème à résoudre, digne de la science juridique la plus exercée ; en présence d'une question qui divise les meilleurs esprits, partage les cours et les tribu-

naux.} Le législateur de 1806, en édictant l'article 883, *a-t-il voulu compléter le Code civil et, tandis que celui-ci ne permettait d'attaquer les délibérations que dans des cas spécialement visés par lui, généraliser le droit de recours en permettant de l'exercer contre toutes les délibérations ?*

Les textes étant peu explicites, il s'est formé deux systèmes. Les partisans du premier système prétendent que, dans l'article 883, les rédacteurs du Code de procédure civile n'ont voulu que régler la manière d'attaquer les délibérations. L'article 883 ne constituerait donc qu'une règle de procédure.

Les partisans du second système affirment au contraire que les rédacteurs du Code de 1806 ont voulu compléter le Code civil, généraliser l'exercice du recours, de telle sorte que toutes les délibérations sans exception sont attaquables devant les tribunaux.

Il est délicat de se prononcer pour l'un ou pour l'autre camp, car il découle de chaque système de graves conséquences. Si l'on opte pour le premier, c'est reconnaître le conseil de famille juge souverain dans ses décisions, c'est dire avec de nombreux auteurs et de nombreux arrêts qu'il est un tribunal domestique dont les décisions sont sans appel ; en un mot c'est proclamer la toute-puissance de la famille.

Au contraire, si l'on se range du côté des partisans de la généralité de l'article 883, on reconnaît aux

tribunaux une sorte de contrôle sur les délibérations des conseils de famille. Mais ces tribunaux prononceront comme juges en premier ressort et non comme des juges d'appel. Car il ne faudrait pas conclure, par le fait de la présence du juge de paix aux délibérations, que celles-ci constituent des jugements. L'Assemblée familiale remplit des fonctions de juridiction gracieuse et le juge de paix, bien qu'il procède en vertu de ses attributions de magistrat, ne fait pas acte de juge.

Tels sont les deux systèmes en présence ; quel est celui que les rédacteurs du Code de procédure civile ont adopté ou semblé adopter ? C'est ce que nous allons rechercher dans un premier chapitre et nous ferons appel aux travaux préparatoires, aux principes généraux du droit, à la logique, à l'évolution sociale même, pour tâcher de jeter quelque lumière sur une question si discutée. Et une fois notre opinion établie nous étudierons dans les chapitres suivants pour quelles causes les recours peuvent être intentés, par quelles personnes, contre quelles personnes, enfin la manière de les exercer. Le premier chapitre contiendra l'idée directrice de notre thèse, la « position », pour employer une vieille expression, que nous voulons occuper. Les autres, en abordant les questions sous des aspects différents, ne tendront qu'à faire ressortir davantage cette idée directrice, à consolider cette position.

CHAPITRE I

Portée Générale de l'Article 883

(Code de procédure civile)

Un conseil de famille peut donner des avis, prendre des délibérations. En donnant son avis, il ne fait qu'émettre une opinion sur des questions qui lui sont soumises par le tribunal ou par le tuteur ; son rôle n'est donc que consultatif et l'avis peut ne pas être suivi. Au contraire, dans les délibérations, le conseil prend, ordonne des mesures concernant le fonctionnement de la tutelle. Aussi comprend-t-on que les délibérations soient seules susceptibles d'être attaquées en justice, et non les avis auxquels personne n'est tenu de se conformer. Le recours constitue une garantie pour l'incapable car il place au-dessus de la famille une autorité supérieure qui contrôlera ses décisions et annulera celles qui seront mal fondées ; la justice réparera les bévues des parents. En reconnaissant aux recours une influence

si heureuse sur les décisions familiales, dans le seul intérêt du mineur, nous sommes logiquement amenés à refuser que cette influence ne puisse se faire sentir que sur certaines délibérations. Nous disons donc hautement que toutes les délibérations d'un conseil de famille sont soumises au contrôle d'une autorité supérieure, l'autorité judiciaire ; que par conséquent elles sont *toutes* susceptibles de recours devant les tribunaux.

Nous nous prononçons donc pour le second des deux systèmes que nous avons signalés dans notre introduction ; à notre avis, l'article 883 du Code de procédure civile a une portée générale.

Si nous consultons tout d'abord les travaux préparatoires, il résulte de leur examen que l'article 883 n'a été inscrit par les rédacteurs du nouveau Code que pour réagir contre la haute tutelle familiale, pour établir le principe du contrôle des tribunaux. « Le titre X, Des avis de parents, dit Berlier, n'est à proprement parler, que le complément du Code civil dans ses dispositions relatives aux conseils de famille et n'offre pas matière à beaucoup d'observations. Néanmoins, parmi les dispositions nouvelles, il en est plusieurs qui doivent améliorer cette partie de nos institutions. Ainsi, lorsque les délibérations ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres devra être mentionné au procès-verbal, et les membres dont l'avis a été rejeté pourront se pour-

voir contre la délibération ou le vœu de la majorité (1). » L'argument fourni par ces paroles est corroboré par le texte même de l'article 883 dont le deuxième alinéa pose ce principe que toutes les délibérations sont attaquables sans aucune limitation. En prenant ce texte à la lettre, on doit donc dire que, quel que soit leur objet, les délibérations sont soumises au contrôle des tribunaux. Mouricault dit aussi « que le but du législateur était de placer le mineur sous la sauvegarde de la famille et de la justice », et la phrase qui précède ces paroles montre que, dans son intention, l'article 883 doit s'appliquer même aux délibérations concernant l'organisation de la tutelle (2).

Non seulement les travaux préparatoires, mais les principes généraux du droit fournissent de nouveaux arguments à l'appui de notre thèse. Tous les auteurs admettent que les délibérations qui touchent aux intérêts matériels du mineur, autorisent un emprunt, une aliénation, sont susceptibles de recours. Il semble que les délibérations qui règlent les intérêts moraux de l'incapable, nomment ou destituent un tuteur, refusent de consentir au mariage ou à l'émancipation du mineur, ont une importance aussi grande et doivent être soumises au contrôle des tribunaux.

1. Loqué, XXIII, p. 157.

2. Loqué, XXIII, p. 187. « Le Titre X relatif aux avis de parents, soit à celui qui nomme un tuteur, soit à ceux pour lesquels, etc... »

D'ailleurs pourquoi, comme certains auteurs, faire résulter des exceptions de la nature des délibérations? Il ne doit pas y avoir d'autres exceptions que celles fixées par le législateur et alors même qu'on aurait d'excellents motifs pour déroger à la loi, l'interprète doit la respecter, non la contourner.

Enfin la nécessité d'admettre le contrôle de la justice sur les décisions des assemblées familiales s'impose pour de graves motifs.

La composition de cette Assemblée n'est pas une garantie certaine que toutes les délibérations seront dictées par des sentiments favorables au mineur. Le législateur de l'an XI a pris le rêve pour la réalité. Qu'on lise le discours de Leroy, et l'on se rendra compte de l'aveuglement excessif des rédacteurs du Code civil ! Les conseils de famille sont malheureusement composés soit d'indifférents, soit d'alliés hostiles, toujours d'individus soucieux d'éviter toute initiative, toute responsabilité. Le Tribunal de Nancy, lors de la communication du projet aux cours d'appel, disait : « Le conseil de famille composé de parents ou souvent d'étrangers, sous le titre de voisins ou amis, indifférents sur le sort de la tutelle ou mus par des vues d'intérêt particulier, fatigués de leurs fréquentes réunions, et empressés de se dissoudre, délibérera d'humeur, on se laissera entraîner sans examen dans les mesures proposées. »

Donc un conseil de famille n'est pas toujours ce qu'il devrait être : une assemblée soucieuse des inté-

rêts du mineur comme des siens propres. L'idée des rédacteurs du Code civil était grandiose mais la pratique de la loi en montra les dangers (1). Il faut donc qu'il soit possible d'attaquer une délibération prise par des membres ignorants ou hostiles à l'incapable, afin de défendre les intérêts de celui-ci. Et ceci se justifie encore par une raison sociale : Les relations familiales ne sont plus ce qu'elles étaient jadis ; lorsque les avis de parents se développaient dans la pratique de notre vieux droit coutumier, les familles étaient peu dispersées, par suite les liens du sang plus vivants, plus tenaces. Au moment où le législateur de l'an XI rendit à la famille son ancienne autonomie, la situation s'était déjà modifiée ; les liens de famille s'étaient relâchés.

De nos jours, ce mouvement de désagrégation graduelle de la famille remplacée par des obligations individuelles s'est encore accentué. L'unité sociale n'est plus la famille, mais l'individu.

Cette évolution sociale montre que l'institution du conseil de famille ne constitue pas une garantie suffisante pour la défense des intérêts du mineur.

Il faut que la justice exerce un contrôle bienfaisant sur les délibérations des Assemblées familiales.

Le législateur moderne a compris tous ces motifs. Aussi l'institution du conseil de famille tout en se généralisant, a diminué d'importance. Les législations

1. Barre traduit par Hartman, p. 229, § 155.

récentes qui l'on adopté l'ont associé à l'action de l'Etat ou de ses représentants. En procédant à la revision de leurs lois de tutelle, elles n'ont pas voulu faire du système français la base même de leurs réformes

Ainsi dans le nouveau Code civil espagnol (1), le conseil de famille jouit d'attributions analogues à celles du conseil de famille français. La tutelle publique de l'ancien droit espagnol a fait place à la tutelle de la famille. Mais le conseil espagnol est permanent, ses membres répondent du préjudice causé par une faute grave ou par une négligence coupable. Les délibérations peuvent, d'après l'article 130, être attaquées devant le juge de première instance par les membres qui ne se sont pas trouvés d'accord avec la majorité lors du vote, ainsi que par le tuteur, le subrogé tuteur, ou tout autre intéressé à la décision sauf le cas de l'article 242. « Et d'après celui-ci, la décision du conseil de famille favorable au tuteur, qui a été prise à l'unanimité, ne sera susceptible d'aucun recours. » En outre l'article 296 nous dit : « Les tribunaux peuvent couvrir la nullité résultant de l'inobservation des dispositions qui précèdent, s'il n'y a eu dol ni préjudice pour l'incapable et à charge de réparer l'erreur pour l'avenir ».

1. *Eléments de droit civil espagnol*, par Lehr, t. I et II.—
Code civil espagnol, par Levé.

Il résulte de l'examen de ces textes que si le législateur espagnol considère le conseil de famille comme une autorité tutélaire essentielle, il ne lui accorde point pour cela un pouvoir sans contrôle. On a prétendu le contraire en argumentant de l'article 201 qui dit : « La tutelle s'exerce par un tuteur unique sous la surveillance du subrogé tuteur et du conseil de famille. » Mais ce texte n'exclut nullement la surveillance des tribunaux et l'article 296 leur reconnaît un pouvoir d'appréciation qui leur permet de maintenir ou d'annuler toute délibération, suivant qu'il en ait résulté ou non dol ou préjudice pour le mineur (1).

En ce qui concerne la législation belge, nous n'y rencontrons aucun sujet se rapportant à notre thèse. La Belgique est en effet régie exclusivement par les Codes français ; sans doute quelques lois spéciales ont pu apporter des modifications partielles, mais, en matière de tutelle, l'organisation française subsiste toujours (2).

Il nous faut toutefois signaler un avant-projet de revision du Code civil que M. Laurent fit paraître en 1883 sur la demande du ministre de la Justice et qui,

1. *Eléments de droit civil espagnol*, par Lehr, t. I et II.—*Code civil espagnol*, par Levé.

2. Beltjens. *Encyclopédie du droit belge*, 4^e partie. *Procédure civile*. Introduction. Il écrit en 1897 : « Sauf de légères modifications le Code de procédure de 1806 est toujours en vigueur chez nous et il le restera longtemps. »

eu égard à notre thèse, a son importance (1). Cet avant-projet, tout en maintenant les conseils de famille, leur fait subir des modifications de détail. Ces réformes sont intéressantes parce qu'elles répondent aux besoins de la pratique en France comme en Belgique, et portent sur des points qui ont donné lieu à des difficultés juridiques. Nous passons toutefois sous silence tout ce qui n'est point relatif aux recours contre les délibérations du conseil de famille.

D'après l'article 416 de l'avant-projet, quand les délibérations ne sont pas unanimes, l'avis motivé de chacun des membres qui composent le conseil sera mentionné au procès-verbal.

Cet article reproduit le premier alinéa de notre article 883 du Code de procédure civile, comme le fait aussi l'article 260 du Code italien. Il nous dit que l'avis sera motivé ; sans doute un avis non motivé peut être donné, mais comme les délibérations qui ne sont pas prises à l'unanimité sont attaquables, il importe que le tribunal connaisse non seulement l'avis de chaque membre mais aussi les motifs qui l'ont dicté.

L'avant-projet dans l'article 417 permet au tuteur, au subrogé tuteur, aux membres du conseil, au juge

1. Laurent. Avant-projet, t. II, art. 287, 326, 364 à 386, 393 à 470.

de paix et au procureur du roi d'attaquer au fond toutes les délibérations du conseil. Cette disposition est encore empruntée à notre article 883 mais avec une modification importante : le juge de paix peut attaquer les décisions du conseil. D'après M. Laurent, le juge de paix en prenant part aux délibérations ne compromet nullement son rôle et son influence de modérateur, or il ne les compromettra pas davantage en les attaquant puisqu'il a aussi le droit de sauvegarder les intérêts du mineur.

On objecte que si on permet au juge de paix d'agir, il faut aussi permettre de le mettre en cause. Et pourquoi pas ? répond M. Laurent. Puisqu'il est membre du conseil, puisqu'il y vote, qu'il fait partie de la majorité ou de la minorité, le recours de la minorité pourra donc être dirigé contre lui, s'il a voté avec la majorité, comme contre les autres membres (1).

Nous repoussons cette théorie de M. Laurent. A notre avis, le juge de paix et le ministère public ne pouvant être actionnés, parce que cela compromettrait leur dignité de magistrat, ne peuvent attaquer les délibérations. Nous motiverons notre opinion sur cette question (2), mais nous devons reconnaître toutefois que cette restriction peut, dans la pratique,

1. Laurent, Avant-Projet, II, p. 255.

2. Voyez chap. II.

être contraire aux intérêts de l'incapable, surtout dans les campagnes où l'ignorance, les difficultés des formes judiciaires retiennent souvent les membres du conseil et favorisent ainsi la négligence ou la mauvaise foi des tuteurs (1).

Dans l'article 417 *in fine*, l'avant-projet décide que toutes les délibérations peuvent être attaquées au fond. Nous ne pouvons qu'approuver une disposition qui établit formellement le libre contrôle des tribunaux, disposition que nous aurions voulu voir écrite dans nos Codes.

Mais nous applaudissons M. Laurent surtout parce qu'il a eu le grand mérite dans les articles 418 et 419 de combler une lacune fâcheuse dans nos Codes français, en énumérant le cas de nullité des délibérations du conseil de famille.

D'après l'article 418 : « Les délibérations du conseil de famille ne produisent aucun effet :

1° Quand elles ont été prises en l'absence ou sans la permission du juge de paix ;

2° Quand les membres du conseil n'ont pas été convoqués ;

3° Quand le conseil n'était pas en majorité lors de la délibération ;

4° Quand elles n'ont pas été prises à la majorité déterminée par l'article 414 (trois membres et le juge

1. De Croos, *Code des tutelles*, II, p. 174.

de paix au moins présents ; voix du juge de paix prépondérante, lorsqu'il y a plus de deux opinions, la délibération prise à la majorité relative).

Et l'article 419 ajoute : « Les autres irrégularités « entraînent seulement la nullité de la délibération « si l'intérêt du mineur a été lésé. »

Ces deux textes ont le grand avantage d'établir plus d'uniformité dans les avis de la doctrine et de la jurisprudence, et de mettre un terme aux controverses. L'article 419 est emprunté à la jurisprudence. Les tribunaux décident donc en fait : l'irrégularité commise a-t-elle porté préjudice au mineur, la délibération sera annulée ; si au contraire l'intérêt du mineur n'a pas souffert, il n'y a aucun motif d'annulation.

Enfin l'article 420 permet aux tiers d'attaquer les délibérations qui les lèsent mais pour vice de formes et si ces formes sont substantielles. Quant aux règles de formes établies dans l'intérêt du mineur, les tiers ne peuvent se prévaloir de leur inobservation que si leur intérêt se confond avec celui du mineur.

Cette disposition, qui complète l'article 419, est empruntée à la doctrine et à la jurisprudence et elle a tranché les hésitations qu'il y avait jusqu'alors à se prononcer dans ce sens. D'ailleurs, elle se justifie aisément : toute lésion d'un droit doit donner ouverture à une action. Une formalité est substantielle lorsque son inobservation entraîne l'inexistence

d'un acte ; or, toute personne peut se prévaloir de l'inexistence d'un acte (1). S'il s'agit au contraire de formes prescrites dans le seul intérêt du mineur, le droit commun reprend son empire et lui seul peut de ce chef demander la nullité, sauf si son intérêt se confond avec celui d'un tiers (2).

L'article 450 *in fine* constitue enfin une innovation des plus heureuses. « Le tribunal pourra modifier les délibérations du conseil de famille si l'intérêt du mineur l'exige. C'est le principe du haut contrôle des tribunaux sur les conseils de famille nettement proclamé.

Les législations espagnole et belge, auxquelles on pourrait joindre les législations italienne et portugaise, ont donc adopté le système de la famille. Au contraire lorsque l'Etat, ne se fiant plus à l'affection naturelle des parents, investit l'autorité publique de la haute tutelle sur les mineurs, c'est le système de l'autorité publique, qui comporte des variantes. Suivant les législations, la haute tutelle est confiée à des autorités différentes. Les législations qui ont adopté ce système sont assez nombreuses et peuvent se ranger en trois groupes suivant la part plus ou moins grande accordée à la famille.

Ainsi la Suède, la Russie, l'Autriche, l'Angleterre ont adopté le système pur et simple de l'autorité

1, Voyez chap. II.

2. Bruxelles, 26 juillet 1831. *Pasicrisie*, 1831, p. 218:

publique, donc pas de conseils de famille, pas de délibérations et par conséquent pas de recours contre elles. Dans certains cas, la loi prend les parents *individuellement* et les invite à donner des *conseils* à l'autorité publique.

D'autres législations, telles que celles du Bas-Canada, du Mexique, du Chili, de la République Argentine, font une place secondaire à la famille, mais encore assez importante : Les parents doivent donner leur avis soit pour la nomination du tuteur, soit pour tout autre acte particulièrement grave. Là encore les parents ne prennent aucune décision, d'où pas de recours à étudier.

Enfin dans un troisième groupe, la tutelle est organisée d'après le système dit mixte, le système de la famille facultative. L'autorité publique a toujours la haute main, mais peut dans certains cas déléguer ses pouvoirs au conseil de famille. Ce système a la faveur des législations allemande, hongroise, suisse (dans certains cantons.)

En Allemagne, la famille ne jouant plus un rôle prépondérant, de plus la surveillance du tuteur étant déférée au juge des tutelles, il est évident que le conseil de famille allemand diffère profondément du conseil de famille français. Notre droit, de l'avis des jurisconsultes allemands, ne pouvait guère entrer en considération, puisque la partie qui contient nos règles de tutelles est notoirement une des

plus faibles du Code Napoléon. Comme le dit l'un d'eux, le défaut d'autorité publique, le concours insignifiant de la justice de paix, le manque d'instruction et d'autorité du juge de paix lui-même, ont entraîné la pratique de la loi fondée sur une idée grandiose, dans une voie qui profite à tous sauf au mineur (1).

En France la famille joue le premier rôle ; en Allemagne, c'est le tribunal des tutelles. Il nomme le tuteur, le subrogé tuteur, il les révoque, ; reçoit les comptes de gestion du tuteur, surveille l'éducation du mineur...

Devant de telles attributions, que peuvent être celles du conseil de famille ? Tout d'abord le conseil de famille n'est pas de droit commun, il n'existe pas toujours. Il doit être constitué par le tribunal tutélaire lorsque le père ou la mère du pupille l'ont stipulé (art. 1712) et il peut être constitué par ce tribunal si celui-ci juge que l'intérêt du mineur l'exige, et après requête d'un parent ou d'un allié justifiée par les circonstances.

Une fois le conseil de famille organisé, il « a les droits et les obligations du tribunal des tutelles (2) ». Si l'on prend ces mots dans leur sens strict, on peut décider qu'il surveillera le tuteur et le subrogé tuteur

1. Barre traduit par Hartman, p. 229, § 155.

2. Barre, p. 233.

(art. 1837) ; qu'il pourra ordonner des mesures d'exécution forcée vis-à-vis du mineur (art. 1838) ; examiner les comptes de gestion du tuteur, etc. Il prendra à la majorité des voix des décisions sur les questions intéressant le mineur (art. 1874). Mais pourra-t-on attaquer ces décisions ? Le Code allemand ne répond pas mais le critérium même sur lequel repose son système tutélaire permet de répondre pour lui et par l'affirmative.

Le conseil de famille n'étant ici qu'une exception, c'est l'autorité publique qui règle, organise, dirige la tutelle, par l'intermédiaire du tribunal des tutelles. Ce dernier conserve donc une autorité supérieure sur le conseil de famille quoique celui-ci jouisse des mêmes attributions. Dans le droit français l'assemblée des parents doit suppléer à la surveillance de l'autorité publique : au contraire le législateur allemand permet au conseil de famille, lorsque les père et mère ont jugé de l'adjoindre à l'autorité dans les administrations compliquées, de prendre les décisions commandées par l'intérêt du mineur mais sous le contrôle du tribunal des tutelles.

La législation hongroise prévoit l'intervention du conseil de famille dans un plus grand nombre de cas que la législation allemande (1). Le conseil de famille hongrois se prononce à la majorité des voix, sur ce

1. V. Loi de 1877 dans l'*Annuaire de Législation étrangère*, 1877, p. 234.

qui intéresse le mineur ou la personne en curatelle (art. 162). Quant à ses décisions, elles sont attaquables par le tuteur, le curateur ou les membres du conseil, si elles ont pour résultat de modifier la consistance de fortune du pupille (art. 163). Même le tuteur pourrait attaquer une délibération qui lui causerait préjudice; le recours est adressé au ministre de l'Intérieur (art. 106) et celui-ci, en vertu de son droit de contrôle sur l'Assemblée, peut la dissoudre s'il le juge à propos.

De l'examen de ces diverses législations, il résulte que le législateur étranger a compris le danger de laisser un conseil de famille tout-puissant, libre de prendre une décision même défavorable pour le mineur, sans que celle-ci soit susceptible du contrôle d'une autorité supérieure. Il a donc rajeuni l'institution; il l'a mise en rapport avec les tendances individualistes de l'esprit moderne, n'hésitant pas, comme le législateur allemand, à rompre avec le passé et à repousser la vieille tradition germanique, la tutelle familiale.

Et ces tendances du législateur moderne à restreindre les pouvoirs des conseils de famille se sont fait sentir en France.

Le principe d'un contrôle judiciaire tend à se développer. Le Code civil étant resté muet en ce qui concerne le régime tutélaire des enfants naturels, la jurisprudence la plus récente admet l'existence du

conseil de famille (1). La loi du 24 juillet 1889 a permis aux tribunaux de décider pour les enfants moralement abandonnés, si leur tutelle doit être organisée dans les termes du droit commun. Le projet de loi du 17 juin 1902 donne enfin à l'autorité judiciaire les attributions d'un conseil de famille. Celui-ci est supprimé et remplacé par le tribunal civil du lieu de la résidence du mineur. C'est un trait de ressemblance avec le système tutélaire italien et c'est un pas vers le système de la haute tutelle d'Etat vers lequel les législations modernes semblent incliner.

Notre conclusion sera donc l'axiome même que nous avons posé au début du chapitre : l'article 883 a une portée générale et toutes les délibérations sont susceptibles de recours devant les tribunaux, et c'est cet axiome que nous nous efforcerons de défendre et de mettre encore mieux en lumière dans les chapitres suivants. Nous avons exposé notre théorie, nous allons en voir les conséquences dans son application.

1. Nîmes, 15 fév. 1887 ; S. 87.2.172 ; Paris, 28 juillet 1892 ; D. 92.2.544.

CHAPITRE II

Quelles Délibérations peuvent-être attaquées et pour quelles causes

SECTION I

Recours formé contre une Délibération avant son Exécution

Les délibérations prises par un conseil de famille peuvent être attaquées avant leur exécution, pour inobservation des règles prescrites par le Code civil en ce qui concerne la composition de l'Assemblée familiale ou sa manière de délibérer. C'est le recours pour vice de forme.

De plus, quoique les prescriptions légales aient été observées, les délibérations peuvent violer manifestement les intérêts du mineur, aussi doivent-elles être susceptibles d'être attaquées afin

d'en empêcher l'exécution. C'est le recours pour un motif tiré du fond.

§ 1. — *Du Recours pour Vice de Forme*

Le législateur ne nous fait point connaître quelles sont les règles de forme dont l'inobservation doit entraîner la nullité de la délibération. Faut-il en conclure que celle-ci doit être toujours maintenue quelle que soit l'irrégularité commise ? Non, car certaines des prescriptions légales constituent des garanties indispensables au mineur et leur inobservation enlève, on peut le dire, toute existence juridique au conseil de famille. D'autre part, le législateur n'ayant pas fixé de sanctions aux règles qu'il édicte, on ne peut, comme le voudrait M. Delvincourt (1), prononcer nécessairement la nullité parce que les formes légales n'ont pas été observées. On objecte aussi à cet auteur qu'à raison des formalités de détail, toute délibération serait constamment sous la menace d'une action en nullité, par suite les tiers se refuseraient de traiter avec le mineur et ce dernier, ainsi protégé, finirait par souffrir de cet excès de protection.

La vérité est entre ces solutions extrêmes. Il faut distinguer entre les diverses règles de formes prescrites par la loi et, lorsqu'elles n'ont pas été obser-

1. Delvincourt, I, p. 108, note 3.

vées, prononcer ou ne pas prononcer suivant leur importance, la nullité de la délibération. Il y aura nullité, en dehors de tout préjudice pour le mineur, si la règle violée est une condition essentielle de l'existence juridique du conseil de famille. Dans ce cas, la délibération à proprement parler n'existe pas et toute personne peut se prévaloir de cette inexistence. D'autres règles au contraire ne sont pas essentielles et leur inobservation ne compromet pas l'existence du conseil de famille. La délibération ne sera désormais attaquable que si l'irrégularité a été commise à dessein, ou si elle est préjudiciable aux intérêts du mineur.

Nulle part, le Code civil ne prononce la nullité d'une délibération pour violation des règles relatives à la composition du conseil de famille. Il faut donc rechercher, d'après l'esprit de la loi, quelles sont les formalités dont l'inobservation doit entraîner la nullité des décisions de l'Assemblée. Or, le législateur, en prescrivant des règles pour la composition du conseil de famille, a eu comme but principal la garantie des intérêts de l'incapable. Aussi peut-on en conclure, à défaut de textes, que seule la lésion de ces intérêts peut entraîner la nullité des décisions prises par un conseil irrégulièrement composé (1). Ceci est une question de fait qui entre dans la libre appréciation des tribunaux, car la solution dépend

1. Baudry et Chéneaux, IV, p. 472, n° 427.

des circonstances particulières de chaque espèce. On ne peut donc décider en principe si telle ou telle violation de la loi entraîne ou non la nullité de la délibération ; l'intérêt du mineur sera le seul guide pour les tribunaux auxquels la jurisprudence et la doctrine reconnaissent à ce sujet un pouvoir souverain d'appréciation (1).

Aussi doit-on repousser les prétentions de certains auteurs qui exigent une autre condition pour prononcer la nullité : la connaissance par les tiers intéressés de l'irrégularité commise. D'après ces auteurs, la bonne foi des tiers devrait faire réputer valables quant à eux les délibérations du conseil de famille, fût-il des plus irrégulièrement composés (2).

De telles prétentions n'ont aucune base juridique. Le Code civil ne reconnaît nulle part à la bonne foi d'une partie la faculté de valider d'une façon générale tous les actes quelconques qui l'intéressent et lorsqu'il a voulu qu'il en fût ainsi, il a précisé soigneusement les hypothèses, par exemple dans l'article 1240. En outre, le système de MM. Duranton et Taulier présente l'inconvénient grave de protéger

1. Laurent, IV, n° 471. — Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 14. — Demolombe, VII, 328 s. — Huc, III, n° 306, 322, 323. — Baudry et Chéneaux, IV, p. 472. — Req., 4 nov. 1874. D. P. 75. 1. 214 ; S. 76. 1. 52. — Cass., 20 janv. 1875. S. 75. 1. 217 ; D. P. 76. 1. 28. — Req., 7 fév. 1893. D. P. 93. 1. 152 ; S. 96. 1. 351. — Orléans, 29 janv. 1896. D. 96. 2. 470 ; S. 96. 2. 144. — Nancy, 7 janv. 1899. D. P. 1900. 2. 273.
2. Duranton, III, n° 479. — Taulier, II, p. 35.

plus les tiers que le mineur. Il exonère de toute responsabilité les tiers imprudents et négligents, alors que rien ne s'oppose à ce qu'ils ne vérifient la régularité de la tutelle. Si ces tiers n'usent pas de leur droit de contrôle, ils n'auront qu'à s'en prendre à eux-mêmes de leur négligence, et leur bonne foi ne doit pas les faire préférer à un incapable qui n'a rien à se reprocher.

Ce système est donc repoussé tandis que l'opinion contraire est presque unanimement admise par la doctrine et la jurisprudence, quoique les nombreux arrêts de cette dernière présentent à première vue peu d'harmonie. Mais les contradictions ne sont qu'apparentes et il n'y a pas lieu de s'en étonner, étant donné le principe posé, d'après lequel pour les nullités proprement dites, tout dépend des circonstances de chaque espèce. La loi laisse aux tribunaux le soin d'apprécier ces circonstances qui peuvent excuser les irrégularités exemptes de tout soupçon de dol et de connivence, et de tout caractère préjudiciable aux intérêts du mineur (1).

1. Cass., 30 avril 1834. S. 34. I. 141. — 4 nov. 1874. S. 75. I. 52; D. 75. I. 214. — 20 janv. 1875. S. 75. I. 217; D. 76. I. 28. — Chambéry, 19 janv. 1886. D. 87. 2. 161. — Limoges, 17 juin 1889. D. 89. 2. 336. — Dijon, 14 janv. 1891. D. 91. 2. 223. — Req., 8 nov. 1893. D. 94. I. 270. — Dijon, 4 janv. 1895. D. 95. 2. 536. — Douai, 15 déc. 1900. D. 1903. 2. 9. — Req., 18 juill. 1904. D. 1904. I. 352. — Sic. Toullier II, n° 1110, 1111. — Demolombe, VII, n° 328 et s. — Aubry et Rau, I, § 96, note 14. — De Fréminville I, n° 85. — Laurent IV,

Il y a donc lieu de distinguer les conditions substantielles et celles qui ne le sont pas. L'inobservation des premières entraînera la nullité des délibérations (1); celle des secondes permettra seulement aux juges d'annuler ou de maintenir, l'acte suivant qu'ils reconnaîtront en fait que les intérêts du mineur ont été ou non suffisamment garantis (2).

I. — *Des Formes substantielles.*

La délibération d'un Conseil de famille devra nécessairement être annulée quand l'assemblée qui l'a prise n'en a que le nom et ne présente aucune garantie pour le mineur.

Ainsi il y aura inobservation d'une formalité substantielle et, partant, nullité de la délibération, si l'Assemblée n'a pas été présidée par le juge de paix ou si le juge de paix président n'a pas pris part au vote ou à la délibération. En effet, par suite de l'absence de ce magistrat, l'Assemblée ne constitue plus un conseil de famille. Il n'y a pas de corps délibérants sans président (4); c'est lui qui forme le lien juri-

n° 477 et 481. — *Contrà* : Montpellier, 12 mars 1883. S. 34. 2. 42 P. Chr.

1. Aubry et Rau I, § 96. — Laurent IV, n° 470. — Baudry et Cheneaux, IV, p. 473,

2. Cass., 4 nov. 1874. Ann. préc.

3. Bordeaux, 21 juill. 1808. S. et P. chr. — Metz, 6 août 1818 P. chr. — Caen, 28 juin 1827 P. chr. D. P. 30. 2. 151. — Rennes, 30 juill. 1833 P. chr. — Rouen, 3 fév. 1834. S. 32. 2.

dique de l'Assemblée, qui en fait un corps: L'article 416 du Code civil donne ce droit de présidence exclusivement au juge de paix ; donc, en son absence, il ne peut y avoir conseil et par suite de délibération, ou bien une décision prise dans ces conditions serait inexistante.

La présidence du juge de paix ne suffit pas : il faut encore sa participation active dans la délibération, car s'il reste étranger à la décision, c'est comme s'il était absent de l'assemblée (1).

Toutefois une mention expresse et spéciale que le juge de paix a pris part au vote de la décision n'est pas nécessaire. Le procès-verbal en constatant le fait pourra n'employer que des termes généraux : ainsi, s'il porte que le conseil a voté après avoir délibéré, cette énonciation est suffisante car elle se rapporte au juge de paix comme aux autres membres de l'assemblée (2).

De même, la délibération sera entachée de nullité par suite de la violation d'une règle essentielle, si le conseil de famille est composé de moins de sept

584. — Lyon, 13 mars 1845. S. 46. 2. 427 ; D. P. 46. 2. 186. — Grenoble, 18 déc. 1845. S. 46. 2. 429 ; D. P. 46. 2. 187. — Demolombe VII, n. 329. — Laurent, IV, n. 472. — Aubry et Rau I, § 96, p. 619. — Huc, n° 322. — De Fréminville I, n° 106.

1. Bordeaux, 21 juillet 1808 (Dalloz, *Jur. Gén.* V° *Minorité*, n° 226).

2. Metz, 13 ventôse an XIII. P. Chr. — Bordeaux, 21 juillet 1808. — Metz, 6 août 1818, etc.

membres y compris le juge de paix : l'esprit de la loi sur ce point ne laisse aucun doute. Il y aurait encore nullité radicale si un membre convoqué par le juge de paix était frappé d'incapacité légale. En effet, ne pouvant siéger, ce membre ne compte pas et le nombre six fixé par la loi n'est donc pas atteint, par suite il ne peut y avoir de conseil (1). Les conditions de capacité sont rigoureusement exigées et le législateur a soigneusement déterminé dans les articles 442 et suivants du Code civil les cas d'incapacité.

La délibération serait encore nulle si le juge de paix n'avait pas convoqué régulièrement les membres de l'assemblée, s'il ne les a avertis qu'oralement ou par simple lettre. Ces membres sont libres de se rendre à leur réunion mais s'ils n'y viennent pas, ils ne peuvent être condamnés à l'amende en vertu de l'article 413 du Code civil, car cette convocation irrégulière constituera l'excuse légitime exigée par la loi pour motiver leur absence (2).

Mais renversons l'hypothèse : les membres du

1. Aubry et Rau, I, § 96, p. 619. — Huc, III, n° 322. — Laurent, IV, n° 473. — Aix, 3 fév. 1882. S. 33.2.307. — Orléans, 12 janv. 1850. D. 50.2.60. — Paris, 21 mars 1861. — S. 61.2.209. — Chambéry, 13 janv. 1879. — D. 80.2.9. — S. 79.2.136.

2. Laurent, IV, n° 455 et 473. — Demolombe, VII, n° 290. — Huc, III, n° 322. — Aubry et Rau, I, § 96, p. 620. — Caen, 30 août 1847. S. 48.2.527.

conseil ont été régulièrement convoqués et cependant le nombre des membres présents à la réunion n'atteint pas les trois quarts des membres convoqués. Il y a encore là une inobservation d'une règle substantielle. La disposition de l'article 415 *in fine* doit être observée sous peine de nullité, car, dans tout corps délibérant, il faut le nombre de membres requis par la loi pour qu'il puisse valablement fonctionner, sinon la délibération est viciée dans son essence et ne peut produire aucun effet (1). De même si l'on permet aux membres du conseil de famille de se faire représenter par un mandataire spécial, celui-ci ne doit pas être porteur d'un mandat impératif. La loi veut que le mandataire puisse remplacer utilement le mandant et voter selon les circonstances et l'intérêt du mineur. Donc le mandat impératif entraîne nécessairement la nullité de la délibération (2).

Enfin supposons qu'une décision a été prise par les membres du conseil de famille, en nombre supérieur à six. Cette décision sera-t-elle valable ?

1. Laurent, IV, n° 475. — Huc et Aubry et Rau, *loc. cit.*
— Pau, 2 janvier 1895. D. 96.2.217 ; S. 95.2.129.

2. Trib. Chambéry, 16 mars 1880. S. 80.2.217. *Jur., Gén. V° Minorité*, n° 111. — Pau, 2 janvier 1895. D. 95.2.217 ; S. 95.2.129. — Angers, 23 mars 1895. D. 96.2.477 ; S. 96.2.204. — Caen, 26 nov. 1895. S. 96.2.34. — *Contra* : Gilbert, note sous arrêt Cour de Paris. S. 51.2.285.

Ce cas est plus douteux que les précédents et, bien entendu, nous écartons l'hypothèse où il y aurait des frères et beaux-frères germains (art. 408 du Code civil). Le nombre six doit être considéré, à notre avis, comme un nombre essentiel et qu'il soit dépassé ou qu'il ne soit pas atteint, la même conclusion s'impose : il n'y a pas conseil.

Cette conclusion est d'ailleurs logique : la délibération peut avoir été prise par ces membres dont la présence était illégale et la limitation du nombre six est précisément sous ce rapport une formalité substantielle pour la validité du conseil et de ses délibérations. La jurisprudence est en ce sens (1).

2.— *Des Formes non substantielles.*

Nous venons d'examiner les formalités essentielles qui doivent être observées dans la composition et les délibérations d'un conseil de famille. Lorsque l'une de ces formes fait défaut, il faut appliquer les principes qui régissent les actes inexistantes : il n'y a pas de conseil de famille, pas de délibération et toute personne peut se prévaloir de cette inexistence.

Les autres formes ne sont pas substantielles, aussi que décider si elles n'ont pas été observées ?

Un point certain, c'est que toutes les règles de forme sont autant de moyens pour atteindre le but

1. Turin, 20 février 1807. P. chr. — *Sic* : Laurent, IV, n° 473. — De Freminville, I, n° 85 *in fine*. — *Contrà* : Aubry et Rau, I, § 96, note 28, p. 622.

visé par le législateur : l'intérêt du mineur. Or il se peut que telle règle, qui en théorie est considérée comme d'une importance majeure, ne porte, en pratique et quoique inobservée, aucun préjudice au mineur. Pourquoi prononcerait-on la nullité ? On irait contre l'intention qui constitue l'unique base des nullités virtuelles. Donc l'intérêt du mineur permettra de décider si la délibération doit ou ne doit pas être annulée à raison d'une irrégularité de forme lorsque cette forme n'est pas substantielle.

Les auteurs admettent généralement ce système (1) ainsi que la jurisprudence (2). La Cour de cassation dans un arrêt de rejet du 1^{er} avril 1856 a décidé : « que les règles prescrites par les articles 407, 409 ne le sont pas à peine de nullité ; que c'est aux tribunaux d'apprécier les circonstances qui ont causé la déviation de ces règles dans la composition du conseil ». La Cour ajoute que si ces tribunaux reconnaissent que l'incapable a trouvé dans ce conseil de famille la garantie que la loi avait voulu lui assurer, ils doivent maintenir sa composition et la délibération qu'il a prise.

1. Toullier, II, n° 1119. — Demolombe, VII, n° 332. — Laurent, IV, n° 477. — Aubry et Rau, § 96, note 21. — Baudry et Cheneaux, IV, p. 472. — Marcadet, II, p. 407, article 410, n° IV. — Demante, II, n° 165.

2. Cass., 1^{er} avril 1856. — D. P. 56. 1. 291. — Bastia, 2 mars 1858. — S. 58. 2. 241. — Chambéry, 19 janvier 1886. — D. 87. 2. 191. — Limoges, 17 juin 1889. — D. 90. 2. 336. — Dijon, 4 janvier 1895. — D. 95. 2. 536.

Cette solution de la Cour de cassation est très logique, un conseil de famille quoique irrégulièrement composé a pu prendre une délibération qui en fait n'a pas nui aux intérêts du mineur tandis que l'annulation de l'acte pourrait lui nuire beaucoup.

Dans un arrêt plus récent de la Chambre des Requêtes (1), la Cour de cassation dit encore, dans le sens de sa première opinion, que la délibération sera valable lorsque « les irrégularités seront exemptes de tout soupçon de dol et de connivence. » Il faut donc rechercher la nature des prescriptions violées, savoir si dans une pensée de fraude cette violation a été commise pour nuire aux intérêts du mineur. S'il y a eu dol ou fraude, si des parents qui auraient dû être appelés au conseil en ont été écartés, la jurisprudence admet que cette fraude vicie la composition de l'Assemblée, qu'il y a pour cela même lésion, et elle prononce la nullité sans qu'on ait à prouver que les intérêts du mineur aient souffert. Cette exception n'est qu'une application du principe que nous avons déjà posé, principe qui veut qu'il y ait nullité dès que l'intérêt du mineur est lésé.

Les tribunaux doivent donc pour annuler ou valider une délibération irrégulière en la forme, tenir compte des deux éléments importants : l'intérêt du mineur, d'une part ; dol ou fraude de l'autre. Mais il

1. Req., 20 janvier 1875. D. 75. 1. 214.

est parfois difficile de distinguer la forme dont l'inobservation entraîne la simple annulabilité de la forme substantielle dont l'inobservation rend l'acte inexistant.

On discute notamment sur le point de savoir si le délai de distances, déterminé par les articles 411 du Code civil et 1033 du Code de procédure civile pour la convocation d'un conseil de famille, est prescrit à peine de nullité ? La Cour de Caen (1) s'est prononcée pour l'affirmative. Cette solution est rigoureuse ; il y a là une question de fait à trancher. Si le membre irrégulièrement convoqué s'est présenté à la réunion, pourquoi prononcer la nullité d'office si cette irrégularité n'a porté aucune atteinte aux intérêts de l'incapable ?

Supposons que dans la composition du conseil de famille le juge de paix ait préféré, hors les cas prévus par la loi, à un parent plus proche un parent plus éloigné, y a-t-il nullité de choix ?

Sans doute il est conforme au vœu du législateur que l'ordre de proximité dans chaque ligne et que les prescriptions des articles 407 et 408 du Code civil soient observés, ces formes ayant pour but avant tout de garantir les intérêts du mineur. Mais l'on peut s'en départir si ces intérêts sont sauvegardés. Si le juge de paix doit user avec réserve des éliminations qui dérogent à ces règles légales, et s'il est

1. Caen, 30 août 1847. D. 48. 2. 179.

reconnu par le tribunal que l'inobservation de certaines de ces règles n'a porté aucun préjudice au mineur, pourquoi prononcer la nullité qu'aucun texte n'exige ? D'ailleurs l'existence de parents plus proches que ceux appelés au conseil pouvait être ignorée du juge de paix. Nous irons même plus loin : la proximité des degrés est considérée par le législateur comme une garantie pour le mineur, mais cette garantie ne repose que sur une présomption d'affection qui peut être contraire à la réalité. Le juge de paix devra-t-il dans ce cas prendre nécessairement les membres les plus proches lorsqu'ils sont les moins dignes ? Ce serait tourner au préjudice du mineur l'article 407 du Code civil qui n'a été édicté qu'en sa faveur.

La jurisprudence inclinait tout d'abord à se prononcer d'une façon absolue soit pour la nullité des délibérations, soit pour leur validité (1). Mais le système proposé ci-dessus paraît aujourd'hui généralement adopté tant par la doctrine que par la jurisprudence la plus récente (2).

1. Dans le sens de la nullité : Zachariæ, § 201, note 6 ; Lyon, 15 fév. 1812. S. 13. 2. 289. — Rouen, 7 avril 1827. S. 27. 2. 196. — Dans le sens de la validité : Bruxelles, 15 mars 1806. S. 1807. 2. 866. — Turin, 5 mai 1810. S. II. 2. 37. — 10 avril, 1811. S. 12. 2. 281.

2. Toullier, II, n° 1119. — Magnin I, n° 327. — Laurent, IV, n° 477. — Aubry et Rau, I § 96, p. 621, note 23. Grenoble, 4 juin, 1836. S. 32. 2. 110. — Paris, 15 octobre 1836 ;

Quid si le juge de paix a appelé au conseil un allié de préférence à un parent du même degré en violation de l'article 407 du Code civil ? Y aurait-il nullité substantielle ? La Cour de Bruxelles a répondu affirmativement et déclaré que l'inobservation de cette condition rendait les conseils de famille nuls et de nul effet. Si l'on se tient aux termes mêmes de l'arrêt, on voit que la Cour ne subordonne même pas la nullité de la délibération à ce que les intérêts du mineur aient souffert ; à son avis il y a nullité de droit.

Cette solution est inadmissible ; non seulement l'allié a qualité pour faire partie du conseil, mais même il peut mieux convenir qu'un parent du même degré. La Cour dit que le procès-verbal ne donne aucun motif pour lequel l'allié est préféré au parent ; mais le juge de paix n'a pas à motiver son choix, aucun texte ne l'y oblige (1).

Si donc le mineur n'a pas été lésé, la délibération n'est pas susceptible d'un recours pour vice de forme.

La question devient plus délicate encore à résoudre, si le juge de paix avait convoqué un ami plutôt

S. 37. 2. 110 note 1^{re}. — Douai, 1^{er} août 1832. S. 40. 2. 21. — Agen, 18 février 1842. S. 48. 1. 177.

1. Cass., 22 juillet 1807 (S. et P. chr.), Agen (1806) (S. et P. chr.), Rennes, 1835 P. chr.

qu'un parent. La Cour de Chambéry (1) décide qu'il y a là un vice radical. « Ce serait, dit-elle, autoriser les tribunaux, en admettant le contraire, à méconnaître les conditions de capacité des personnes appelées à siéger. » Pour nous il n'y aura encore ici qu'annulabilité. Sans doute le législateur appelle de préférence les parents au conseil, parce qu'il les suppose pleins d'affection pour le mineur. Mais cette présomption n'est pas toujours exacte et l'ami dévoué n'est-il pas préférable au parent indifférent ? D'ailleurs le juge de paix peut prendre des amis sur les lieux bien qu'il y ait des parents au delà de la distance de deux myriamètres (art. 409). Cela est décisif contre l'opinion qui considère la présence des parents comme une règle substantielle, même d'ordre public. C'est encore ici une question de fait à résoudre qui doit être laissée à la libre appréciation des tribunaux. La jurisprudence est en ce sens (2).

Mais l'article 409 a donné lieu à des difficultés d'interprétation. Aux termes de cet article, deux conditions sont exigées pour que les amis puissent faire partie du conseil de famille : relations habituelles

1. Chambéry, 13 janvier 1879. *Journal du Palais*, 1879, p. 590.

2. Cass., 1^{er} avril 1856. D. 56. I. 292. — 20 janvier 1875. *Journal du Palais*, 1875, p. 521. — 3 avril 1838. D. P. 38. I. 63. — 4 nov. 1874. D. P. 75. I. 214. — Laurent, IV, n° 485. — Aubry et Rau, I, § 96, note 23.

d'amitié avec le père ou la mère du mineur, être domiciliés dans la commune même où s'ouvre la tutelle. Ces deux conditions sont-elles essentielles ? Non. Cependant la Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative (1). Un arrêt de la Cour de Paris avait déclaré la délibération du conseil valable quoique sa composition fût irrégulière; en se fondant sur ce qu'il n'y avait eu ni dol ni connivence dans l'omission des parents. La Cour suprême cassa cet arrêt tout en reconnaissant que les règles de la composition du conseil de famille n'étaient pas sanctionnées nécessairement par la nullité et décida que le pouvoir des tribunaux ne saurait aller jusqu'à conférer à des étrangers, en dehors des conditions d'aptitude légalement déterminées, une mission que la loi confie aux membres de la famille.

Cette décision excessive ne concorde nullement avec les vues du législateur. Pourquoi écarter du conseil un ami sûr, dévoué, pour cette raison qu'il demeure hors de la commune, peut-être à quelques mètres ? Le législateur en indiquant la commune comme le lieu où le juge de paix doit rechercher les amis, n'a pas entendu que ses paroles fussent prises strictement au pied de la lettre. Son but était d'éviter des lenteurs, des déplacements coûteux. Il a pensé que le juge trouverait facilement dans la commune

1. Cass., 19 août 1850. D. 50. 1.281,

même quelques amis du mineur disposés à faire partie du conseil. Mais ce n'est là qu'une indication et ce serait aller contre ses vues que d'annuler une délibération parce qu'un ami, domicilié à quelques pas de la commune, y a pris part. Nous dirons plus : la non-résidence est plutôt une excuse que les amis non domiciliés dans la commune peuvent imaginer pour refuser d'entrer au conseil qu'une incapacité dont la loi les frappe. Pas de nullité en conséquence, sauf si l'intérêt du mineur l'exige et cette solution s'impose même par sa logique. Comme le dit très plaisamment M. Laurent, « Pascal, pour le coup, aurait raison de se moquer de nos lois et de notre justice : ami en deçà de deux myriamètres, indifférent au delà (1). »

Il ne s'agit donc pas ici d'une condition essentielle. C'est l'avis de la doctrine (2), mais la jurisprudence est hésitante (3).

Quant à la seconde condition exigée par l'article 409 qui consiste dans l'obligation pour les amis appelés au conseil d'avoir eu des relations habituelles d'amitié avec les parents de mineurs, nous

1. Laurent, IV, n° 486.

2. Laurent, *id.*; Aubry et Rau I, § 96, p. 621.

3. Nullité radicale : Cass., 13 janvier 1879. D. p. 80. 2. 9. En notre sens Cass 20. janvier 1875. *Journal du palais*, 75 p. 521. Limoges, 17 juin 1889. D. p. 90. 2. 326. Dijon 4 janvier, 1895. D. 95. 2. 536. Orléans, 29 janvier 1896 L. 76. 2. 144.

dirons encore qu'elle n'est pas substantielle. S'il n'existe pas dans la commune de personnes remplissant cette condition, le juge de paix pourra en appeler d'autres. En définitive, nous revenons toujours à notre principe général : pas de nullité sauf si l'intérêt du mineur l'exige. La jurisprudence est encore hésitante sur ce point (1).

L'article 409 du Code civil prescrit encore que les membres du conseil de famille soient répartis en deux groupes égaux en nombre, l'un représentant la ligne paternelle, l'autre la ligne maternelle. La délibération sera-t-elle valable si le juge de paix appelle dans l'assemblée deux parents paternels et quatre parents maternels ?

Il a été jugé que le conseil ainsi composé était vicié dans son essence à cause de la violation de l'article 407 et que ses délibérations étaient nulles de droit. Nous repoussons cette opinion. Comme le dit fort justement M. Laurent, il faut ici se reporter aux intentions du législateur. Son but, en établissant cette sorte de balance entre les deux branches de

1. En sens divers : Douai 4 juillet 1855. D. P. 56.2.47. — Nîmes 19 juillet 1888. D. P. 59.1. 13. — Bordeaux, 17 janvier 1860. D. P. Nîmes : un individu avait été appelé à un conseil à titre d'ami, on reconnut ensuite qu'il n'avait pas eu de relations d'amitié avec le père du mineur, la Cour de Nîmes valida la délibération en se fondant sur ce qu'il y avait eu simple erreur sans fraude et la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cette décision.

parents, était surtout de protéger les intérêts du mineur, mais ce n'est pas parce qu'il y aura quatre parents paternels et deux maternels ou *vice versa*, que les intérêts du mineur seront nécessairement lésés. Il se peut qu'il n'y eût aucune opposition d'intérêts entre les deux lignes, alors pourquoi annuler la délibération ? C'est cette opinion que la jurisprudence la plus récente a consacrée (1).

Enfin si des frères germains ou si les maris des sœurs germaines n'avaient point été appelés au conseil de famille, cette irrégularité ne saurait être une cause de nullité, sauf si les intérêts du mineur étaient lésés. Il faut appliquer ici à *fortiori* ce que nous avons dit de la violation de l'article 407, car l'irrégularité résultant de la violation de l'article 408 est bien moins grave. La jurisprudence est en ce sens (2). Sans doute un arrêt de la Cour de Lyon (3) déclare inexistant un conseil ainsi composé et ses délibérations nulles de plein droit, mais il s'agit d'une espèce particulière : le mari d'une sœur germaine n'avait pas été convoqué car on craignait que son avis fût

1. Laurent, IV, n° 482. — Liège, 4 janvier 1811. D. *Jus. Gen. Minorité*, n° 171. — Req., 4 nov. 1874. D. 75. 1. 214. — Req., 20 janvier 1875. D. P. 76. 1. 28. — Req., 7 février 1893, D. P. 93. 1. 152. — Nancy 7 janvier 1899. D. 1900. 2. 273.

2. Req. 4 nov. 1874. S. 75. 1. 52. — Orléans, 29 janvier 1896. D. P. 96. 2. 470 ; S. 97. 2. 144.

3. Lyon, 13 mars 1845. D. P. 46. 2. 186.

contraire à la délibération qu'allaient prendre les frères germains. Il y avait donc là une fraude qui viciait la délibération ; aussi cet arrêt de la cour de Lyon ne contrarie nullement notre système.

Pour conclure sur le recours pour vice de forme, nous dirons donc qu'il y a des formes substantielles, et d'autres qui ne le sont pas. L'inobservation des premières entraînera nécessairement l'inexistence du conseil de famille tandis que l'inobservation des secondes n'entraînera la nullité des délibérations que si les intérêts du mineur ont été lésés. Cette distinction des formes substantielles et non substantielles est admise généralement par la doctrine et la jurisprudence (1).

De la solution que nous proposons, il résulte que la nullité sera prononcée plus facilement si elle est demandée dans l'intérêt du mineur que dans celui des tiers. S'il s'agit d'une forme substantielle, les tiers comme le mineur pourront se prévaloir de son inobservation ; s'il s'agit d'une forme non substan-

1. Cass., 4 nov. 1874. D. 75.1.214 ; S. 76.1.52. — Chambéry, 19 janvier 1886. D. 87.2.161 ; S. 88.2.16. — Limoges, 17 juin 1889. D. 90.2.336. — Trib. Mâcon, 28 mai 1890. D. 91.2.223. Cass., 7 février 1893. D. 93.1.152 ; S. 96.1.351. — Dijon, 4 janvier 1895. D. 95.2.536. — Orléans, 29 janvier 1896. D. 96.2.470 ; S. 96.2.144. — Nancy, 7 janvier 1899. D. 1900.2.273.

Toullier, II, p. 1119. — Baudry et Chéneaux, IV, p. 473. — Aubry et Rau, I, § 96, note 21 et s. Huc, III, n° 322, 323. Demolombe VII, n° 328 et s. Laurent, IV, n° 477.

tielle, ils ne pourront en principe invoquer l'irrégularité commise. Toutefois s'ils avaient un procès avec le représentant du mineur, ils sont en droit de contester la validité de sa nomination et d'exiger qu'on statue sur ce point, sinon on leur créerait une situation injuste (1).

§ 2. — *Du Recours quant au fond*

Cette distinction entre les recours contre les délibérations d'un conseil de famille suivant qu'ils ont pour objet le fond ou un vice de forme, n'est faite que pour simplifier les principes qui dominent cette matière. Les formes sont en effet liées au fond, car elles sont établies en faveur du mineur ; inobservées on présume que les intérêts de celui-ci n'ont pas été sauvegardés. Par contre, quoique observées, le conseil a pu prendre une délibération préjudiciable au mineur. Dans ces deux cas il y a matière à recours mais tandis que dans le recours pour vice de forme nous avons distingué les formes substantielles de celles qui ne l'étaient pas, s'agit-il du recours au fond, cette distinction n'est plus nécessaire : toute

1. Laurent, IV, n° 488 et 489. — Beaudry et Chéneaux, IV, p. 473 et 474. Hue, III, n° 319. — Aubry et Rau, I, § 96. — Nancy, 7 janvier 1899 *supra*. — Bruxelles, 26 juillet 1831. D. 33.2.21. — Cass., 17 déc. 1840 (S. 50.1.299 ; D. 50.1.77).

délibération sera susceptible d'être attaquée, l'intérêt du mineur l'exige. C'est le principe posé par l'article 883 du Code de procédure civile.

Nous divisons cette étude du recours au fond en deux hypothèses :

PREMIÈRE HYPOTHÈSE : *La délibération est attaquée au nom et dans l'intérêt du mineur*

Les délibérations du conseil de famille sont susceptibles d'être attaquées quant au fond, lorsqu'elles lèsent les intérêts du mineur. Ce principe est posé par l'article 883 du Code de procédure civile qui dit :
« *Toutes les fois que les délibérations du conseil de
« famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun
« des membres qui le composent sera mentionné
« dans le procès-verbal. Les tuteurs, subrogé tuteur
« ou curateur, même les membres de l'Assemblée
« pourront se pourvoir contre la délibération ; ils
« formeront leur demande contre les membres qui
« auront été d'avis de la délibération sans qu'il soit
« nécessaire d'appeler en conciliation. »*

A notre avis, ce principe est général et s'applique alors même que la délibération aurait été prise à l'unanimité des membres du conseil. A première vue l'article 883 semble bien contenir une solution con-

traire, car le deuxième alinéa rapproché du premier semble viser uniquement le cas où la décision n'a pas été adoptée à l'unanimité. Toutefois cette restriction à notre principe ne saurait être admise. Le législateur malgré les termes employés a entendu statuer sur le *id quod plerum que fit* ; d'autre part il faudrait un texte bien formel pour exclure tout recours contre une délibération contraire aux intérêts du mineur, sous prétexte qu'elle a été prise à l'unanimité. La doctrine admet généralement notre solution ; quant à la jurisprudence, elle est hésitante (1).

La règle qui permet d'attaquer au fond les décisions du conseil qui lèsent les intérêts du mineur est encore générale à ce nouveau point de vue : le contrôle judiciaire s'exercera en principe quelle que soit la nature de l'acte, qu'il soit ou non soumis à la formalité de l'homologation (2). Quand il y a lieu à homologation, le droit d'opposition ne fait aucun doute et si la délibération ne doit pas être homologuée, il y a une raison de plus pour ouvrir un recours devant le tribunal, car le mineur n'a pas en ce cas la garantie d'un nouvel examen devant ce tribunal (3).

1. D. 98.2.505, note de M. R. Biville.

2. Toulouse, 22 février 1854. D. 54.2.239. S. 54.2.197. — Dijon, 14 mai 1862. S. 62.2.499. — Trib. Mâcon, 28 mai 1890. D. 91.2.223.

3. Laurent, IV, n° 469 ; Aubry et Rau, I, § 96, p. 617.

Toutefois, ce principe que les décisions d'un conseil de famille sont susceptibles de recours pour un motif tiré du fond, souffre d'après certains auteurs quelques exceptions.

La jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître que les délibérations touchant à l'administration des biens de l'incapable peuvent être attaquées lorsqu'elles lèsent les intérêts de celui-ci (1). Mais, d'après certains auteurs, le recours au fond n'est plus possible contre les décisions relatives aux intérêts moraux du mineur, prises par le conseil de famille exerçant comme substitué au père un pouvoir domestique. Nous nous élevons d'ores et déjà contre de telles prétentions ; il ne doit pas y avoir d'autres exceptions que celles fixées par le législateur.

1° *Le conseil de famille refuse de consentir au mariage du mineur ou de statuer sur son émancipation.*

Le conseil de famille se trouvant substitué au père, dit-on, exerce à sa place le pouvoir domestique et de la même manière, c'est-à-dire souverainement, sans recours possible (2). Le consentement doit donc être « un acte d'autorité domestique, de puissance paternelle (3) » et l'intervention du tribunal constituerait une violation de la loi.

1. Cass., 8 novembre 1893. S. et P. 94.1.91.

2. Aubry et Rau, I, § 96, p. 618. — Vigie, I, n° 704.

3. Demolombe, III, n° 86.

De plus, si une telle délibération était susceptible de recours, le procès-verbal de cette délibération devrait mentionner l'avis motivé de chaque membre. Mais les considérations qui motivent un refus d'autoriser un mariage ou une émancipation, peuvent être d'ordre intime et la crainte de les voir étaler au grand jour de l'audience peut empêcher les membres du conseil de voter selon leur conscience. Ils consentiront à un mariage qu'ils réprouvent pour ne point motiver publiquement leur refus. En voulant trop protéger le mineur on arrivera à lui nuire (1).

Nous repoussons cette théorie.

Si l'on se place tout d'abord à un point de vue logique, ne serait-il pas étrange que la justice intervienne lorsqu'une délibération porte atteinte aux intérêts matériels du mineur et reste indifférente lorsqu'elle touche à ses intérêts moraux (2) ?

Les décisions qui refusent de consentir au mariage du mineur, à son émancipation, peuvent avoir été prises sous l'influence de passions jalouses ou haineuses et les tribunaux ne pourraient rechercher les mauvais sentiments qui les ont dictées !

1. Demolombe, III, nos 140 et 167. — Aubry et Rau, I, § 96, p. 619. — Rouen, 2 juin 1891. *Jur. Gén. Supp.* V° *Minorité*, n° 170.

2. Toullier, I, n° 547. — Valette sur Proudhon, I, p. 399, note (2) II. — Laurent. — IV, n° 470, Huc, III, n° 321. — Delvincourt, I, p. 279. — Zachariæ, I, § 204, texte et note 6.

On parle de la souveraineté du père en ce qui concerne l'émancipation ou le mariage de son enfant, mais il n'y a pas lieu d'établir ici une analogie entre le père et un conseil de famille. Que le père consente ou refuse, personne ne suspectera sa tendresse ; en est-il de même du conseil ? Et le législateur semble confirmer notre système, puisqu'il exige le consentement du père à tout âge pour le mariage de son enfant et qu'il laisse le mineur âgé de 21 ans se marier sans le consentement du conseil de famille.

Enfin comme le fait remarquer un arrêt fort bien motivé de la Cour de Bruxelles (1), l'article 883 du Code de procédure civile établit une règle générale : tuteur, subrogé tuteur, les membres du conseil de famille peuvent se pourvoir contre ses délibérations. Le Code de procédure civile a été publié après le Code civil, il en est en quelque sorte le complément, et de ce fait les dispositions du Code de procédure civile sont applicables au Code civil à moins qu'il n'y ait contrariété entre ces deux Codes. En outre, en ce qui concerne l'intention du législateur il n'y a pas lieu de supposer qu'en établissant les dispositions de l'article 883, il n'ait pas songé à ce qui était prescrit par l'article 160 du Code civil, et que, s'il n'avait pas voulu que la règle générale de l'article 883 opérât dans le cas de l'article 160, il eût omis de le mention-

1. Bruxelles, 11 juin 1890. D. 91. 2. 249.

ner expressément et de faire à cet égard une exception à ce principe.

Pour conclure sur ce cas, nous disons que les délibérations relatives au mariage ou à l'émancipation du mineur, sont susceptibles de recours devant les tribunaux (1).

2° La délibération qui est relative au personnel de la tutelle, qui nomme ou destitue un tuteur, un subrogé tuteur ou curateur, peut-elle être attaquée ?

Cette question soulève de vives controverses et divise la doctrine et la jurisprudence.

Les partisans de la négative (2) prétendent que ces délibérations ne peuvent être annulées quant au fond, à moins que la personne nommée ne se trouve dans un cas d'incapacité ou d'exclusion ; l'article 442 du Code civil devant, dans cette circonstance, recevoir une sanction. A leur avis, le conseil jouit donc encore ici d'un droit propre et souverain dans son exercice régulier.

M. Demolombe a défendu ce système d'une manière

1. Toulouse, 22 fév. 1854. D. 54. 2. 239. — Colmar, 19 nov. 1857. S. 58. 2. 81 ; D. 59. 2. 36. — Nancy, 3 avril 1857. D. 57. 2. 175. — Agen, 24 déc. 1860. S. 61. 2. 182. D. 61. 2. 20. — Rouen, 1868. D. 69. 2. 76 ; S. 69. 2. 48. — Montpellier, 14 mai 1883. S. 85. 2. 50. — Paris, 19 nov. 1887. D. 88. 2. 129. — Bruxelles, 11 juin 1890. D. 91. 2. 249. — Besançon, 29 janv. 1896. D. 97. 2. 305, note de Biville. — Caen, 13 déc. 1877. D. 98. 2. 505, note de Biville.

2. Duranton, III, n° 477. — Demolombe, VII, nos 335-336. — Massé et Vergé et Zachariæ, I, § 204, n° 6. — Aubry et Rau, I, § 96, texte et note II. — Montpellier, 13 juin 1866. S. 66. 2. 114.

particulièrement énergique (1). Il lui semble inadmissible que les nominations ou les destitutions faites par le conseil de famille soient susceptibles de recours devant les tribunaux. En effet, les articles 405 et 420 du Code civil chargent le conseil de *nommer* le tuteur et le subrogé-tuteur. Il s'agit là d'un pouvoir propre au conseil et n'appartenant qu'à lui, de même que le droit de désigner un tuteur testamentaire est propre au dernier mourant des père et mère. Or, la nomination faite par ce dernier mourant ne pouvant être déférée au tribunal, il doit en être de même pour celle faite par le conseil de famille.

On objecte à M. Demolombe la généralité des termes de l'article 883 du Code de procédure civile. Celui-ci répond que sans doute le tribunal ou la Cour peut réformer une délibération touchant au matériel de la tutelle, mais les délibérations relatives au personnel ne peuvent être attaquées, car les magistrats en les réformant seraient dans la nécessité de nommer un tuteur, ce qui est inadmissible. De plus, si on ne reconnaît pas ce droit au tribunal, mais qu'on lui permette d'ordonner la convocation du conseil de famille pour nommer le tuteur, et que ce conseil persiste dans son premier choix, le conflit sera sans issue. Donc il vaut mieux dire que dans une telle

1. Demolombe, VII, n° 335.

hypothèse, l'article 883 du Code de procédure civile est inapplicable.

Mais si le conseil de famille a fait un choix détestable, il n'y aura aucun remède ? M. Demolombe, prévoyant cette objection, prétend que la tutelle légitime peut échoir à un parent peu recommandable et que d'ailleurs cette objection pourrait s'adresser à tous les modes de nomination.

Tel est le système de M. Demolombe, adopté par un certain nombre d'auteurs, mais dont les arguments, malgré leur gravité, ne peuvent nous convaincre (1).

Tout d'abord, comme le fait remarquer M. Huc (2), pourquoi distinguer les délibérations relatives au matériel de la tutelle, de celles relatives au personnel ? M. Demolombe introduit dans la loi une distinction qui ne s'y trouve pas.

Nous repoussons aussi toute analogie entre la tutelle dative et la tutelle testamentaire. Que la justice n'intervienne pas lorsque la tutelle est déférée par le survivant des père et mère, c'est logique ; on rencontre ici cette affection que la nature met au cœur des parents. Mais un conseil de famille dési-

1. Huc, III, n° 321. — Delvincourt, I, p. 279. — Zachariæ I, § 204, texte et note 6. — Laurent, IV, n° 470. — Grenoble, 18 janvier 1854, D. P. 56. 2. 55. — Montpellier, 18 juin 1866, S., 67. 2. 114, 9 juillet 1869, D. P. 70, 2. 180. — Bourges, 7 janvier 1886. — Paris, 19 novembre 1887, D. 88. 2. 176.

2. Huc, III, n° 321.

gnera-t-il le tuteur avec autant de sollicitude ? Il est possible que non ; aussi les tribunaux doivent, s'ils y sont appelés, pouvoir contrôler le choix fait par l'assemblée familiale ; il faut donc qu'un recours soit susceptible d'être intenté.

Ce droit de contrôle n'implique pas le droit de désigner le nouveau tuteur. M. Demolombe fait alors cette objection : « Vous reconnaissez alors aux tribunaux le droit d'ordonner une nouvelle convocation du conseil de famille et si cette assemblée choisit le tuteur précédemment nommé, comment se terminera le conflit ? » Ce ne sera pas le même conseil que le tribunal fera convoquer, mais un nouveau conseil qui sera peut-être plus sage et ne maintiendra pas un choix préjudiciable pour le mineur.

Enfin la nécessité d'admettre dans cette hypothèse un recours devant les tribunaux se justifie par la simple logique. Un choix détestable ayant été fait, on doit pouvoir pallier à ses funestes conséquences.

Sans doute dans la tutelle légitime, la mission de tuteur peut revenir à un parent sans affection ; dans la tutelle testamentaire, le dernier mourant des père et mère a pu faire un mauvais choix et cependant dans ces deux cas, le législateur n'offre aucun recours pour repousser le tuteur désigné.

La raison de son silence, c'est qu'il a une confiance illimitée dans le choix fait par les parents, choix dicté par leur sollicitude et leur tendresse et qui est

très rarement mauvais. Or celui fait par un conseil de famille présente-t-il les mêmes garanties ?

Il est donc impossible de méconnaître la portée générale de l'article 883 du Code de procédure civile. Le seul but du législateur, était de protéger le mineur, pourquoi distinguer alors entre les diverses délibérations ?

En raison on ne voit pas, comme le disent MM. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux (1), pour quels motifs les délibérations relatives à la nomination d'un tuteur seraient à l'abri de toute critique tandis que l'on pourrait attaquer celles qui concernent l'administration même du tuteur. L'esprit de la loi est général comme son texte. Mouricault, l'orateur du tribunal, a dit que le but du législateur était de protéger le mineur, de le placer sous la surveillance de la famille et de la justice et il mentionne expressément la nomination du tuteur (2).

3° *La délibération qui conserve ou retire la tutelle de ses enfants mineurs à la mère qui se remarie est-elle susceptible de recours* (3) ?

1. Baudry et Chéneaux, IV, p. 473.

2. Locré, XXIII, p. 187 et s. — Laurent, IV, n° 470.

Contra Cass., 17 nov. 1813 (S et Pchr). — Grenoble, 18 janvier 1854. S. 55. 2. 737 ; D. 56. 2. 55. — Affirm. : Dijon, 14 mai 1862. S. 62. 2. 449 ; D. 62. 2. 121. — Paris, 19 nov. 1887. S. 88. 2. 29 ; D. 88. 2. 176.

3. Laurent, IV, n° 470. — Huc, III, p. 332. — Aubry et Rau, I, § 96, p. 619. — Demolombe, VII, n° 140 et 167.

Il y a quelques années, un arrêt de la Cour de Rouen confirmant un arrêt rendu par le tribunal de la même ville, s'est prononcé pour la négative et a décidé que de semblables délibérations ne sont point susceptibles de recours sans qu'il y ait à distinguer si elles ont été prises à l'unanimité ou à la majorité des voix (1). M. Billouin, procureur général près la Cour de cassation, a soutenu la même thèse dans des conclusions remarquables que la Cour suprême a admises (2).

Au premier plan des textes, dit-il, figurent deux articles dont les termes ne laissent aucun doute. L'article 395 (C. civ.) dit : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui *décidera* si la tutelle doit lui être conservée. » L'article 396 ajoute : « Lorsque le conseil, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage. » Le conseil joue donc le rôle d'un tribunal de famille ; c'est à lui d'apprécier le mobile

1. Trib. Rouen, 2 juin 1891. *Jar. Gén.* V° *Minorité*, n° 170. — Cours de Rouen, 27 juin 1891. S. 92. 2. 53. — Dans le même sens Grenoble, 18 janvier 1854. S. 55. 2. 737. — Montpellier, 13 juin 1866. S. 67. 2. 114. — Angers, 11 nov. 1875. S. 76. 2. 168.

2. Cass., 23 juin 1902. D. 1902. 1. 347.

auquel obéit la femme en se remarquant, quelles conséquences cette union peut avoir pour le mineur et si l'époux futur, nécessairement cotuteur, présente des garanties morales pour cet office délicat. Ce sont là des questions d'ordre intime qui ne doivent se débattre qu'au sein des familles et non au grand jour de l'audience. Il est inutile de faire connaître les motifs coupables ou tout au moins intéressés, qui poussent la mère à se remarier. Le législateur obéissant à ces considérations morales a compris que seul le conseil de famille jugerait comme tribunal domestique si la mère doit être maintenue dans ses fonctions de tutrice. C'est pourquoi, dérogeant à cette règle de notre droit moderne qui veut que toute décision d'un tribunal soit motivée, le législateur a décidé que le conseil prononcera sans donner de motifs. Cela résulte du texte même de l'article 395 qui n'exige pas que la décision soit motivée alors que l'article 447 dit au contraire : « Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur. »

La décision prise en vertu de l'article 395 ne devant pas être motivée, M. Billouin en conclut qu'elle est l'exercice d'un pouvoir souverain.

On lui objecte l'article 883 du Code de procédure civile qui contient une disposition générale, absolue. A son avis, cette objection est sans valeur.

L'article 883 du Code de procédure civile n'est nullement en opposition avec l'article 395 du Code civil. Sans doute l'article 883 exige qu'au cas où la délibération n'est pas unanime l'avis de chacun des membres soit mentionné au procès-verbal, mais, comme le font remarquer MM. Chauveau et Carré, mentionner n'est pas motiver. La mention prescrite par l'article 883 a pour but unique d'indiquer à celui qui veut intenter un recours ceux qu'il doit assigner conformément au deuxième alinéa du même article.

Enfin, les travaux préparatoires fournissent à M. Billouin de nouveaux arguments à l'appui de sa thèse. Sans doute Berlier dit que le titre X du livre I^{er} de la deuxième partie du Code de procédure civile est le complément du Code civil dans ses dispositions relatives au conseil de famille, mais le Code de procédure civile n'est qu'un recueil de formes. En outre l'article 883 modifie bien en le complétant l'article 375 du Code civil, mais en quoi ? « Si la décision n'est pas unanime, l'avis de chacun des membres du conseil sera mentionné au procès-verbal. » C'est tout ; cela ne change en rien le système du Code civil qui reste intact. L'article 883 parle des délibérations du conseil de famille et vise aussi celles qui ont pour objet la nomination du tuteur, mais ne faut-il pas ajouter, ce que Mouricault (1) ne dit pas

1. Locré, XXII, p. 188.

dans son discours, que toutes ces délibérations sont susceptibles de recours dans tous les cas où *un recours est possible* ? En effet si un conseil nomme un tuteur en satisfaisant à toutes les règles de forme, il agit comme un tribunal domestique et sa décision est sans appel.

Enfin la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour décider qu'un tribunal ne peut nommer le tuteur, qu'arrivera-t-il en cas de recours si le conseil refuse de s'incliner devant la volonté des juges qui ont annulé sa décision ? Si le conseil refuse de maintenir la mère comme tutrice, l'infirmité de la délibération ne soulèvera aucune difficulté : la mère sera réintégrée par justice dans cette tutelle qu'elle tient de la loi. Mais si au contraire le conseil la maintient comme tutrice, et que le tribunal infirme cette décision, qu'arrivera-t-il si le conseil persiste dans sa volonté ? On convoquera un deuxième conseil. Quel texte le permet ? Et si ce deuxième conseil persiste dans la même opinion que son prédécesseur, comment se terminera ce conflit entre le tribunal et le conseil de famille ?

M. Billouin conclut donc que la délibération qui maintient ou refuse de maintenir la mère qui se remarie, dans la tutelle de ses enfants mineurs, n'est pas susceptible de recours devant les tribunaux (1).

1. En ce sens : Chambéry, 13 juin 1879. D. 80. 2. 9. — Rennes, 3 juillet 1900. — Cass., 23 juin 1702. 1. 347. — Conclusions de

L'arrêt de la Cour de cassation qui a consacré cette thèse aura-t-il pour effet de fixer la jurisprudence hésitante ? De nombreux auteurs défendent toujours la solution contraire, et de nombreux arrêts antérieurs à celui de 1902 penchent aussi pour l'affirmative. Pourquoi tant d'hésitation à se prononcer uniformément sur une telle question ? C'est que l'on se trouve devant un cas spécial, exceptionnel. Il s'agit d'une femme tutrice, alors que dans notre législation la tutelle est considérée comme un office viril ; de plus, l'article 395 dit que le conseil *décidera* si la tutelle doit être conservée à la mère, et devant la force de ce terme n'est-on pas tenté de reconnaître que le conseil jouit, dans cette hypothèse, d'un pouvoir souverain, que sa décision n'est pas susceptible de recours pour le fond ?

Nous repoussons cependant les conclusions de M. Billouin.

Tout d'abord si l'on se place au point de vue social sous lequel le procureur général a envisagé en premier lieu la question, il faut admettre que la décision du conseil qui refuse de maintenir ou main-

M. le Procureur général Billouin. — Cass., 31 déc. 1901. D. 1903. 1. 143. — Besançon, 30 novembre 1904. D. 1905. 2. 120 ; — Duranton, III, n° 537. — Demolombe, VII, n°s 140 et 767. — Aubry et Rau, I, § 96, |p. 618 (admettent ou repoussent le recours). — Montpellier, 18 juin 1866. D. P. 68. 2. 162 et 14 mai 1883. S. 85. 2. 50. — Rouen, 26 novembre 1868. D. 69. 2. 76 et 27 juillet 1891. S. 92. 2. 53.

tient la mère comme tutrice, doit être susceptible de recours. Le but de toute tutelle étant la protection des mineurs, il est naturelle que la fonction de tutrice soit confiée à la mère. Dans l'intérêt de l'enfant, le conseil de famille ne doit pouvoir écarter la mère par une décision commandée par des sentiments intéressés ou haineux, ou par une défiance injuste pour le second mari, sans que le tribunal puisse contrôler cette décision. Mais c'est ouvrir la porte au scandale, disent certains. Dans des débats publics, l'on dévoilera peut-être les justes raisons qui ont commandé au conseil de famille d'enlever la tutelle à une mère indigne et ce sera donner au nom de l'enfant une triste notoriété. Ces arguments ne sont point suffisants. Le premier droit d'une mère c'est de se dévouer pour son enfant, d'être sa tutrice et ce droit ne doit pouvoir lui être enlevé par la seule décision du conseil de famille. Si cette décision a été dictée par des sentiments de haine, de jalousie, on ne peut admettre que, sous prétexte d'éviter le scandale au cas où cette décision serait justifiée, on laisse écarter une mère innocente.

La délibération qui enlève la tutelle, laisse planer un soupçon injurieux que la calomnie se chargera d'envenimer : la mère doit pouvoir s'adresser au tribunal et le prier de l'effacer en annulant la délibération prise injustement.

Enfin si la crainte du scandale doit exclure tout

appel au tribunal, pourquoi ne pas interdire les débats publics concernant l'état des personnes ?

Si au contraire le conseil maintient comme tutrice une mère indigne, l'intérêt du mineur commande que sa décision soit susceptible de recours.

Au point de vue juridique, l'affirmative n'est pas moins soutenable. L'article 883 doit encore s'appliquer ici. Il a une portée générale comme nous nous sommes efforcé de le démontrer dans les hypothèses précédentes, portée confirmée par Berlier au cours des travaux préparatoires (1). Nous ne citerons point à nouveau les paroles qu'il prononça au Corps législatif, ni nous ne les commenterons ; nous renvoyons sur ce point à notre premier chapitre (2).

Pour conclure, nous disons que la délibération du conseil de famille qui refuse de conserver la tutelle à la mère qui se remarie peut être attaquée pour un motif tiré du fond comme pour un vice de forme (3).

1. Loaré, XXIII, p. 157 et p. 187. Discours de Mouricault.

2. Voyez chap. I.

3. Nancy, 3 avril 1857. D. P. 57. 2. 175. — Agen, 24 décembre 1860. D. P. 61. 2. 20. — Dijon, 14 mai 1862. D. P. 62. 2. 121. — Rouen, 25 nov. 1868. D. 69. 2. 76 ; S. 69. 2. 48. — Montpellier, 14 mai 1883. S. 85. 2. 50. — Paris, 19 nov. 1887. D. 88. 2. 76 ; S. 88. 2. 29. — Bruxelles, 11 juin 1890. D. 91. 2. 249. — Dijon, 14 janvier 1891. D. 91. 2. 223. — Besançon, 29 janvier 1896. D. P. 97. 2. 305. — Caen, 13 déc. 1897. D. P. 98. 2. 505, note de Biville. — Lyon, 4 juin 1898. — Douai, 25 avril 1899. *Recueil de Douai*, 1899, § 30.

4° Les délibérations du conseil de famille sont-elles susceptibles de recours lorsqu'elles règlent les intérêts moraux du mineur ?

Cette question est des plus graves et, comme aux précédentes, nous répondrons par l'affirmative. Tout d'abord l'article 883 du Code de procédure civile ne fait pas de distinction entre les divers intérêts du mineur ; en outre, les intérêts moraux présentant plus d'importance que les intérêts matériels, on ne voit pas pourquoi les premiers échapperaient à un contrôle auquel les seconds sont soumis. C'est ce que dit le tribunal de Colmar : « Attendu que l'article 883 conçu en termes généraux n'admet aucune exception ; qu'on ne comprendrait pas qu'une délibération ayant pour objet un faible emprunt, une aliénation sans importance, fût soumise à la sanction des tribunaux, quand une délibération prise sur des objets touchant aux intérêts moraux les plus élevés : à la nomination du tuteur, à l'autorisation ou au refus du mariage du mineur, échapperait à leur examen. » Si donc un père de famille meurt ayant exprimé la volonté que son enfant soit élevé dans une religion déterminée, sa volonté doit être respectée. Mais s'il n'a manifesté aucune intention, le conseil de famille veillera à ce que l'enfant soit élevé dans la religion de ses parents et toute délibération qui réglera les intérêts moraux ou religieux du

mineur sera susceptible d'un recours devant les tribunaux (1).

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *La délibération est attaquée par un tiers, en son propre nom et dans son intérêt personnel.*

Le conseil de famille ne peut léser les droits des tiers ; s'il le faisait, la loi leur permet exceptionnellement d'attaquer la délibération qui porte atteinte à leurs droits. Cela se produira dans certaines hypothèses. Le tuteur ou le subrogé tuteur qui ont été exclus ou destitués sans cause légitime, ou dont les excuses ont été rejetées, peuvent attaquer la délibération au fond (2) (art. 448 ; 440). De même le tuteur, auquel le conseil de famille a refusé la permission de s'adjoindre dans sa gestion un administrateur salarié, ou imposé d'employer l'excédent des revenus sur la dépense, à compter d'un chiffre inférieur à celui que ce tuteur a proposé, peut demander l'annulation de la décision du conseil. Celui-ci ne peut en effet lui imposer une charge trop lourde ou le gêner abusivement dans son administration (3).

1. Laurent, IV, n° 470 ; Huc, III, p. 332. — *Contrà* : Aubry et Rau, 1596, p. 617.

2. Demolombe VII, nos 446-447. — Aubry et Rau, I, § 96, p. 623. — Paris, 24 juillet, 446-447, 835. S. 35. 2. 405.

3. Baudry et Cheneaux, IV, p. 478.

En outre, alors même que l'on adopterait la thèse de M. Billouin (1) et que l'on refuserait à la mère qui se remarie le droit d'attaquer dans l'intérêt du mineur la délibération qui lui retire les fonctions de tutrice, on doit au contraire lui reconnaître ce droit si elle agit dans son intérêt personnel (2). Enfin si le tuteur avait été indûment excusé par le conseil de famille qui en aurait élu un autre, ce dernier pourra attaquer la délibération qui admettait les excuses du premier tuteur, montrer que le tuteur excusé n'était pas excusable et que sa nomination devait être maintenue. Sur ce point il n'y a pas de textes précis, mais les principes généraux du droit suffisent pour trancher la difficulté en faveur du second tuteur. Celui-ci ne peut être appelé que si le premier tuteur s'est retiré ; et le premier tuteur ne peut se retirer que s'il a de justes excuses. S'il n'en a pas, il aurait dû être maintenu comme tuteur et le deuxième tuteur doit pouvoir attaquer une délibération qui l'institue d'une charge en violation de la loi (3).

1. Cass., 23 juin 1902. D. 1902. 1. 347.

2. Nancy, 7 janvier 1899. D. 1900. 2. 273.

3. Aubry et Rau, I, § 96, p. 622.

SECTION II

Instance dirigée contre une délibération après son exécution

On peut attaquer la décision d'un conseil de famille après qu'elle a été exécutée, afin de faire tomber les actes qui en ont été la suite.

Mais l'article 883 du Code de procédure civile pourra-t-il s'appliquer ici ? Ne dit-il pas cependant que tuteur, ou subrogé tuteur, curateur peuvent se pourvoir contre les délibérations ?

A notre avis, l'on doit répondre négativement. Les termes mêmes de cet article laissent entendre qu'on attaque la délibération, tandis que dans notre hypothèse on veut faire tomber l'acte fait en vertu de la délibération. Il y a là une distinction importante : dans un cas, on veut empêcher que la délibération produise effet, aussi l'attaque-t-on avant qu'elle ne soit exécutée ; dans l'autre, elle a produit son effet, et c'est cet effet que l'on veut détruire.

Ce point établi, comment détruira-t-on cet effet ?

Avant son exécution, une délibération peut être attaquée pour vice de forme ou pour un motif tiré du fond ; lorsqu'elle a été exécutée le recours ne peut plus être exercé que pour vice de forme. Ainsi le

tuteur renonce à une succession en vertu d'une délibération du conseil ou l'accepte sous bénéfice d'inventaire conformément à l'article 461 et en satisfaisant à la même condition ; la délibération qui l'a autorisé ne peut être attaquée si elle a été prise régulièrement et le préjudice que cette acceptation ou cette renonciation fait subir au mineur ne peut justifier un recours, le cas de fraude expressément réservé. Le mineur pourrait attaquer l'acte accompli par son tuteur en soutenant qu'il est pour lui la source d'une lésion, mais il se heurte à ce principe qu'il ne peut agir en rescision pour cause de lésion lorsque son tuteur est resté dans les limites de ses pouvoirs et a observé les formalités prescrites par la loi.

Cette restriction que doit subir l'exercice du recours n'est qu'une conséquence de cet autre principe, que le mineur est réputé majeur, quant aux actes soumis à des formalités spéciales, lorsque ces formalités ont été observées. Il ne peut donc attaquer les actes régulièrement accomplis par son tuteur que dans le cas où un majeur serait recevable à le faire (1) (Art. 840, 1314, C. civil).

Une question se pose. De quelle nature doit être le vice de forme pour entraîner la nullité de la délibération ? Il doit être de nature telle que la délibéra-

1. Aubry et Rau, I, § 96, note 36. — Laurent, IV, n° 490.

tion sera considérée comme inexistante. Si une forme substantielle n'a pas été observée, le droit commun reprend son empire et tout intéressé pourra prétendre que la décision est non avenue. Ainsi notamment quand les membres du conseil ne remplissent pas les conditions essentielles de capacité exigées par la loi (1). Mais s'il s'agit d'une simple irrégularité, la question est plus douteuse. Il semble qu'on doive cependant opter pour l'affirmative. Le législateur a surtout cherché à protéger le mineur, à sauvegarder ses intérêts. C'est pourquoi il a soumis la composition du conseil à des règles minutieuses. Si les formes ont été observées, c'est-à-dire si la délibération a été régulièrement prise, le mineur est considéré comme un majeur, il ne peut l'attaquer. Si la délibération a été irrégulièrement prise, on ne peut refuser au mineur le droit de l'attaquer. Que deviendrait cette protection dont le législateur l'entoure avec un soin si jaloux, s'il ne peut se plaindre d'une décision, dont les conséquences sont funestes pour ses intérêts ? Sans doute le législateur a ouvert un recours contre les décisions du conseil de famille avant qu'elles ne soient exécutées, pour prévenir les conséquences qui peuvent en résulter après leur exécution ; mais si ce recours n'a pas été exercé par ceux qui le devaient, le mineur devra-t-il souffrir de

1. Aix, 3 février 1832, S. 33. 2. 307.

cette négligence coupable ? Comme le dit Laurent, « ce serait le rendre victime de son incapacité et c'est bien le moins qu'une fois majeur il ait la faculté d'attaquer des actes faits en vertu de délibérations irrégulières » (1).

On fait à notre système certaines objections. Ainsi, on prétend que la délibération irrégulière sera inattaquable, sauf s'il y a eu dol ou connivence coupable. Décider autrement, a-t-on dit, serait injuste et contraire aux intérêts des tiers et à ceux du mineur. Les irrégularités commises ne sont en effet presque jamais apparentes ; de plus les tiers ne sont point en état de vérifier si toutes les prescriptions légales ont été observées (2). Il serait donc injuste d'annuler des actes passés de bonne foi et le système qui permet au mineur de revenir toujours sur ce qui a été fait aura pour conséquence d'empêcher les tiers de traiter avec le mineur par la crainte de voir annuler des conventions conclues en son nom (3).

Nous répondrons à l'appui de notre système que s'il peut être injuste d'annuler des actes passés de bonne foi, cette bonne foi ne saurait en l'absence d'un texte empêcher le droit du mineur de s'exercer. La loi laisse à la sagesse et à la prudence des tribunaux

1. Laurent, IV, n° 490.

2. Aubry et Rau, I, § 96, note 32.

3. Cass., 3 avril 1838. S. 38. I. 368. — Douai, 1^{er} août 1838 S. 40.

le soin d'apprécier les circonstances particulières qui peuvent excuser des irrégularités exemptes de tout soupçon de dol ou de connivence. Les tribunaux ne sont donc pas obligés de prononcer la nullité si l'irrégularité n'a causé aucun préjudice au mineur (1). La jurisprudence semble adopter notre système et pencher en faveur de l'incapable. Ainsi ont été annulées une transaction faite en vertu d'une délibération irrégulière quoique homologuée et une renonciation à succession faite en vertu d'une délibération à laquelle la mère du mineur n'avait point été appelée (2).

Dans tout ce qui précède, nous avons supposé que c'est le mineur qui agit en nullité, mais le tuteur, le subrogé tuteur ou curateur pourront-ils attaquer la délibération ?

Nous avons déjà établi dès le début de cette section que l'article 883 cessait d'être appliqué et nous en avons donné la raison. Le tuteur, le subrogé tuteur ou le curateur doivent et peuvent se pourvoir contre une délibération afin d'en empêcher l'exécution, lorsqu'ils jugent qu'elle est préjudiciable aux intérêts du mineur ; mais cette délibération exécutée, ils sont hors de cause par cela même qu'ils n'ont pas exercé en temps voulu leur droit de recours.

1. Douai, 1^{er} août 1838. S. 40. 2. 21. — Cass., 3 avril 1858. — Huc, III, n° 324.

2. Aix, 3 fév. 1832. S. 33. 2. 307. — Toulouse, 5 juin 1829. S. 29. 2. 313.

Nous refuserons aussi aux tiers la faculté d'attaquer un acte fait en vertu d'une délibération irrégulière. La nullité qui peut résulter soit de l'absence, soit de l'irrégularité d'une autorisation exigée dans le seul intérêt du mineur est de nature purement relative et ne peut par conséquent être proposée que par ce dernier et en son nom (1).

En définitive, le mineur seul peut agir mais contre qui ?

D'après l'article 883 du Code de procédure civile le recours doit être dirigé contre les membres qui ont été d'avis de la délibération, mais cet article ne s'applique pas à l'action en nullité qui nous occupe. Sans doute elle tend au même résultat : si l'acte est annulé la délibération qui l'avait autorisé n'a plus de valeur, mais ce n'est pas là le but direct de l'action. Elle a pour objet l'annulation d'un acte juridique passé entre le tuteur et les tiers ; elle doit donc être dirigée contre ces tiers intéressés au maintien de l'acte et non contre les membres du conseil de famille.

1. Laurent, IV, n° 472. — Aubry et Rau, I, § 96, note 40. — Huc, III, n° 324.

CHAPITRE III

Des Personnes qui peuvent attaquer les Délibérations du Conseil de Famille

Nous diviserons aussi cette étude en deux hypothèses distinctes : Nous rechercherons quelles sont les personnes qui jouissent du droit de recours suivant que le recours est exercé dans l'intérêt du mineur ou dans l'intérêt d'un tiers.

I. — *L'annulation de la délibération est demandée au nom du mineur parce que ses intérêts sont lésés.*

D'après l'article 883 du Code de procédure civile les personnes qui peuvent attaquer une décision de l'assemblée familiale sont le tuteur, le subrogé-tuteur ou le curateur, les membres du conseil de famille.

1° *Le tuteur.* — C'est lui que l'article 883 désigne en premier lieu. Cela est rationnel, puisqu'il est chargé par le législateur de prendre soin du mineur, d'administrer ses biens en bon père de famille, de le

représenter dans les actes de la vie civile. Il est le premier agent exécutif de la tutelle et c'est en cette qualité que lui incombe le devoir de demander l'annulation d'une décision du conseil de famille préjudiciable pour le mineur.

Tel est le principe, mais la pratique peut faire naître quelques difficultés. Nous en passerons certaines en revue :

a) Le tuteur a ses intérêts personnels opposés à ceux du mineur, pourra-t-il au nom de son pupille former un recours conformément à l'article 883 du Code de procédure civile ?

Le recours peut être exercé par le tuteur même quand son intérêt est contraire à celui du pupille ainsi qu'il appert de l'article 448 du Code civil. En effet son action n'a d'autre but que de soumettre la délibération à l'examen des tribunaux auxquels, en matière de tutelle, la loi a réservé un contrôle souverain ; en agissant ainsi, le tuteur ne peut compromettre les intérêts dont il a la garde. La jurisprudence admet même le recours du tuteur dans l'hypothèse où son intérêt propre est le plus manifestement engagé : lorsqu'ils s'agit d'une délibération qui a prononcé son exclusion ou sa destitution (1).

1. Demolombe, III, n° 341. — Rouen, 25 nov. 1868. D. 69.
2. 76. — Dijon, 14 janvier 1891. D. P. 91. 2. 223.

b) Deux tuteurs ont été nommés, lequel des deux pourra intenter le recours ?

Cette hypothèse semble inadmissible de prime abord, étant donné l'un des grands principes qui dominant la tutelle : l'unité de tuteur. Cependant ce cas peut se rencontrer dans la pratique (1). Il est arrivé qu'il y avait deux tuteurs nommés l'un par un conseil de famille convoqué au domicile primitif de la tutelle, l'autre par un conseil convoqué au domicile du dernier tuteur.

L'explication de ce cas original est fort simple. L'on discute en effet en doctrine et en jurisprudence pour fixer le lieu où doit se réunir le conseil de famille chargé de nommer un tuteur. Les uns prétendent que le domicile de la tutelle reste immuablement fixé au domicile que possédait le mineur au moment du décès de ses père ou mère ; d'autres au contraire prétendent que ce domicile de la tutelle est variable et que le conseil de famille devra se réunir au domicile du dernier tuteur (2). On voit donc la possibilité pour deux juges de paix de se déclarer

1. Chambéry, 27 août 1867. *Journ. an. Grenoble et Chambéry*, 1868, p. 38. — Cass., 2 mars 1869, Sirey, 69. I. 151.

2. En sens divers Demolombe, I, n° 237. — Baudry, *Précis* I, n° 859, p. 541. — Huc, III, n° 298. — Marcadé, II, sur l'article 410, n° 3. — Duranton, III, n° 453. — Aubry et Rau, I, n° 337 et 338, etc.

compétents ; de là, la convocation de deux conseils de famille ; de là, la nomination de deux tuteurs.

Ceux-ci ont un titre apparent et ce titre leur suffit pour avoir le droit d'attaquer la décision du conseil qui a nommé un autre tuteur. C'est au tribunal de décider lequel des deux a été valablement nommé (1). Mais comment les juges trancheront-ils la difficulté ? Prenons un exemple pour simplifier la question : soit un sieur A., domicilié à Bordeaux. Il meurt laissant une veuve et un enfant mineur. La mère va se fixer à Agen, s'y remarie et y meurt. Le conseil de famille réuni en cette ville désigne comme tuteur le deuxième mari, tandis qu'un autre conseil réuni à Bordeaux nomme un tuteur différent. La solution de la question dépend de l'opinion que l'on a sur l'immutabilité du domicile de la tutelle. Ceux qui admettent que ce domicile est variable diront que le second mari est le tuteur régulièrement désigné (2). D'autres pour se prononcer font la distinction suivante : le tuteur datif ne peut déplacer le domicile de la tutelle, le tuteur légal ou testamentaire le peut. Le tuteur datif nommé par le conseil de famille en est le mandataire ; au contraire, le tuteur légal ou

1. Laurent, IV, p. 58. — Arrêt Gand, 22 mai 1841, confirmé par C. de Cass., 28 juillet 1843 (*Pasicrisie*, 1843. 2. 293 et 1843. 1. 103).

2. Huc, III, n° 300, 301. — Laurent, IV, n° 449. — Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 202 note 4.

testamentaire tient ses fonctions de la loi ou de la volonté du survivant des père ou mère, il est donc plus indépendant vis-à-vis du conseil (1).

Nous repoussons ces deux systèmes: l'un confond le domicile de la tutelle avec celui du mineur, l'autre fait des distinctions injustifiées (2). Tuteur légal, tuteur testamentaire, tuteur datif ont les mêmes pouvoirs, sont soumis à la même surveillance et ne peuvent ni les uns ni les autres déplacer le domicile de la tutelle. Ce domicile reste irrévocablement fixé au lieu où la tutelle s'est ouverte et si nous appliquons ce système à l'exemple proposé, nous dirons que seul le conseil de famille réuni à Bordeaux a nommé régulièrement le tuteur; que, seul, celui-ci, à l'exclusion du tuteur désigné par le conseil réuni à Agen, peut attaquer les décisions de l'assemblée familiale (3).

c) La mère tutrice légale est soumise à un conseil de tutelle. Peut-elle se passer de son concours pour attaquer une délibération du conseil de famille, dans l'intérêt de son enfant?

1. Marcadé, II, n° 201.

2. *A fortiori* nous repoussons une autre théorie qui ne s'appuie sur aucun texte et qui permet au tuteur légal de déplacer le domicile de la tutelle, en refusant ce pouvoir au tuteur datif ou testamentaire. Ducaurroy-Bonnier-Roustain, I, n° 604. — Toullier, II, n° 1114. — Duranton, III, n° 453.

3. Nîmes, 2 mars 1847. D. 48.2.295; S. 48.2.58. — Cass. (motifs), 17 décembre 1849. D. 50.1.299. — Nancy, 1^{er} juillet 1853. S. 53.2.558; D. 54.2.235.

Ce conseil de tutelle ne concourt pas à la gestion de la tutelle, ce n'est pas un cotuteur. Il donne son avis quand la mère le demande, son assistance quand elle la requiert. Si le mari a spécifié les actes pour lesquels la mère devra prendre l'avis du conseil de tutelle, l'assistance de celui-ci sera nécessaire pour ces actes ; mais pour ceux qui n'ont pas été spécifiés, la mère agira seule.

Cependant si le mari n'a pas défini la mission du conseil de tutelle, la mère pourra-t-elle se passer de son assistance et attaquer une délibération contrairement à son avis ? La jurisprudence répond non (1). La doctrine proteste avec raison et la plupart des auteurs reconnaissent à la mère le droit de passer outre à la volonté contraire du conseil de tutelle et d'exercer le recours (2). Il est en effet impossible d'admettre que ce conseil puisse par une opposition préjudiciable aux intérêts du mineur, paralyser la gestion de la tutelle et mettre obstacle à l'exercice du droit de recours qui appartient au tuteur. Il est d'autant plus nécessaire d'accorder à la tutrice un moyen de se pourvoir contre l'avis du conseil de tutelle, qu'elle est toujours responsable envers le mineur, alors même qu'elle ne fait que suivre cet

1. Pau, 28 mars 1887. D. 87.2.166 ; S. 88.2.117. — Besançon, 29 juin 1868. D. 68.2.203 ; S. 69.2.147. — Cpr. Bordeaux, 12 juin 1870. S. 72.2.272.

2. *Contrà* : Marcadé, II, art. 392, n° 182.

avis. Aucun texte ne l'affranchit de la responsabilité édictée par l'article 450 (C. civ.) qui est conçu en termes généraux (1).

d) La mère tutrice légale s'est remariée; le conseil de famille lui adjoint comme cotuteur son nouvel époux. Quels seront leurs pouvoirs relativement à l'exercice du droit de recours ?

Le mineur a désormais deux tuteurs sans que la loi accorde à l'un d'eux la prééminence sur l'autre. Le mari n'a pas plus de pouvoirs que son épouse et leur concours sera nécessaire pour tous les actes de tutelle, notamment pour attaquer une délibération du conseil de famille, dans l'intérêt du mineur.

Mais si la mère veut exercer son droit de recours et que son mari s'y refuse, comment trancher ce conflit ?

De la même manière que dans l'hypothèse précédente. Au cas où un désaccord s'élèverait entre les deux époux sur l'opportunité ou la nécessité d'attaquer une délibération du conseil de famille, ce conflit irréductible entre ces deux personnes qui possèdent des pouvoirs analogues, ne sera tranché que par les tribunaux (2).

1. Chardon. *Puissance tutélaire*, n° 11.

2. Demolombe, VII, n° 136. — Laurent, IV, n° 388. — Vigie, I, n° 720. — Huc, III, n° 278. — Aubry et Rau, I, § 96, texte et notes, 39, § 40. — Cass., 5 mai 1856. D. 56. 1. 241. S. 56. 1. 793. — Gr. Chardon. *Puiss. tutélaire*, nos 21 et 22.

2° *Le subrogé tuteur.* — Il peut ainsi que le curateur attaquer la délibération d'un conseil de famille. L'article 883 leur donne expressément ce droit. Le subrogé tuteur est investi d'une mission permanente de contrôle, il doit surveiller le tuteur et par conséquent requérir les mesures nécessaires pour la sauvegarde des intérêts du mineur (1).

3° *Les membres du conseil de famille.* — La délibération peut être attaquée par tous ceux qui font partie du conseil de famille, ainsi qu'il appert de l'article 883. Mais cet article vise les membres opposants, qui ont été convoqués et ont pris part à la délibération. On doit aussi assimiler à ces membres ceux qui auraient dû être appelés au conseil de famille et qui n'y ont pas été convoqués (2). Ils pourront se plaindre à bon droit et soutenir que la composition du conseil était irrégulière, d'où la délibération nulle (3).

Donc pour exercer le recours il faut être un membre de droit du conseil de famille et ceux qui n'étaient

1. Demolombe, I, p. 240, n° 337. — Bioche. V° *Conseil de famille*, n° 59.

2. Duranton, III, n° 479. — Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 204 texte et notes 5 et 8. — Demolombe, VII, n° 339. — Laurent, IV, n° 466. — Huc, III, n° 319; Aubry et Rau, I, § 96, p. 616. — Baudry et Chéneaux, IV, p. 479. — Caen, 13 déc. 1897. D. 98.2.505.

3. Demolombe, VII, n° 339.

pas légalement appelés à faire partie de l'assemblée ne peuvent en attaquer les décisions (1).

Nous avons dit que l'article 883 songeait surtout aux membres opposants ; faut-il en conclure que les membres qui ont voté la délibération, ou qui y ont acquiescé, n'ont pas le droit de l'attaquer, lorsqu'ils se sont rendu compte qu'elle lésait les intérêts du mineur ?

Certains répondent par l'affirmative. Quoique des membres aient voté la décision, cela ne doit pas les empêcher d'en demander l'annulation, car s'ils intentent l'action en nullité ce n'est pas dans leur intérêt personnel mais dans celui du mineur. Ils ne peuvent donc être liés par leur propre vote (2). La jurisprudence est en ce sens (3).

L'article 883, disent au contraire les partisans de négative, suppose que celui qui se pourvoit contre la délibération est d'un avis opposé à ceux qui ont voté la résolution. De plus, si l'on permet à ceux qui ont

1. Laurent, IV, n° 467. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 1 *bis*. — Caen, 30 déc. 1857. S. 58. 2. 625. — Dijon, 13 janvier 1858. D. 60. 2. 179. — Planiol, I, n° 1779.

2. Baudry et Chéneaux, IV, p. 479. — Planiol, I, n° 2560. — Aubry et Rau, I, § 96, p. 616. — Huc, III, n° 319. — Zachariæ, I, § 204. — Laurent, IV, n° 466.

3. Liège, 4 janvier 1811. — Angers, 29 nov. 1824, rapportés dans Dalloz. *Jur. Génér.*, v° *Minorité*, n° 171, 174, 190, 196. — Lyon, 15 février 1812. S. 1813. 2. 289. — Colmar, 27 avril 1813. S. 1814. 2. 48.

voté la délibération de l'attaquer ensuite, c'est leur permettre de revenir sur leur propre fait, de combattre leur propre opinion. M. Demolombe leur offre cependant un moyen de revenir sur l'erreur qu'ils jugent avoir commise : « Ils ne devront pas attaquer la délibération devant le tribunal, mais requérir simplement du juge de paix une nouvelle convocation du conseil de famille pour lui communiquer les renseignements ou les nouvelles observations qui ont modifié leur sentiment. Et alors, si le conseil persiste dans cette délibération ou refuse de rouvrir la discussion, le membre qui aura requis cette convocation se trouvera de la minorité et pourra poursuivre le mode de procédure tracé par l'article 883 (1). »

A notre avis au contraire, il faut reconnaître à ceux qui ont voté la décision le droit de l'attaquer. L'article 883 est conçu en termes généraux et l'esprit de la loi commande une interprétation large. On prête au législateur des intentions qu'il n'avait pas, en prétendant que cet article suppose que le recours est exercé par un membre d'un avis contraire à ceux qui ont voté la délibération. Qu'est-ce qui permet de faire une telle supposition ? Au contraire afin de mieux sauvegarder les intérêts du mineur, il faut reconnaître le droit de recours à tous ceux qui peu-

1. Demolombe, VII, n° 338. — Delmicourt, I, p. 112. — Taulier, II, p. 37. — Huc, III, p. 319.

vent agir en son nom. On permet au tuteur de demander la nullité des actes accomplis par lui parce qu'il agit dans l'intérêt de son pupille, pourquoi refuser cette permission aux membres de l'Assemblée familiale ?

En outre le membre qui attaque la délibération le fait non dans son intérêt mais dans celui du mineur, aussi doit-il toujours en avoir le droit quel que soit le motif pour lequel la délibération est attaquée. On ne peut donc lui interdire de revenir sur son propre acte puisque s'il change d'avis, ce n'est point dans son propre intérêt.

Enfin notre opinion est commandée par le seul intérêt du mineur. Sans doute il ne faut pas qu'une action téméraire vienne arrêter l'inexécution d'une délibération mais si un membre du conseil a découvert des pièces, s'il s'est aperçu de son erreur, il doit pouvoir exercer son recours directement devant le tribunal et cela sans détours, sans entraves. Car pourquoi des nullités de procédure, comme en préconise M. Demolombe, qui n'auront d'autres résultats que d'entraîner des frais élevés et par des voies longues et détournées d'aboutir... à un résultat identique ? (1)

1. Aubry et Rau, I, §. 96, note 8. — Laurent, IV, n° 469. — Baudry et Cheneaux, IV, p. 449. — Dalloz, *Jur. Gén.*, v° *Minorité*, n° 173, 174. — Colmar, 14 fév. 1840. D. *In Gén.*, n° 252. — Caen, 13 déc. 1897. D. 2.97.505 (Note de M. R.

Nous irons même plus loin : la loi n'étant restrictive ni dans son texte, ni dans son esprit, nous reconnaitrons le droit de recours aux parents ou alliés du mineur alors même que primés par d'autres plus proches ils ne devaient pas être appelés au conseil. Ainsi l'on augmente les garanties accordées par la loi aux intérêts de l'incapable (1).

Toutefois ces parents doivent avoir des motifs qui justifient leur intervention qui aura tout au moins pour conséquence de retarder l'exécution de la délibération. Un intérêt moral serait-il suffisant ?

Pour admettre un recours basé sur une telle cause, il faudrait un texte spécial et ce texte fait défaut (2). Il semblerait donc qu'en se conformant rigoureusement aux principes, on devrait refuser le pouvoir d'intenter le recours à un parent qui ne justifierait son intervention que par un intérêt moral. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'annulation de la composition du conseil de famille d'un interdit pour cause d'irrégularité provenant de ce que le juge de paix n'aurait pas appelé les parents ou les alliés les plus proches dans chaque ligne, ne peut être demandée que par ceux qui ont concouru à la délibération, ou par ceux qui auraient dû y être appelés (3).

Biville). *Contra* Rouen, 2 juin 1791. D. Jur. Gén. V° minorité, p. 680, note.

1. Nancy, 7 janvier 1899. D. 1900, 2.363.

2. Laurent, IV, n° 467.

3. Dijon, 13 janvier 1858. D. 60.2.179. V. D. Supp. au mot *minorité*, p. 682.

Toutefois, une jurisprudence récente reconnaît que dans certaines circonstances un intérêt moral serait suffisant pour permettre aux parents ou alliés qui n'étaient pas membres de droit du conseil de famille, d'en attaquer les décisions (1). Comme le dit M. Laurent, les parents n'ont guère d'autre intérêt, le véritable intéressé étant le mineur ; il faut donc ouvrir l'action à tous ceux que la loi charge de veiller sur lui ; or tels sont les parents et alliés alors même qu'ils n'auraient pas dû faire partie de l'Assemblée familiale (2).

En vertu de l'article 883 du Code de procédure civile, nous avons reconnu le droit de recours au tuteur, au subrogé-tuteur, aux membres du conseil de famille qu'ils aient voté pour ou contre la délibération attaquée, même aux parents et alliés dispensés de droit de faire partie du conseil, mais refusons-nous ce droit au principal intéressé, au mineur ?

Delvincourt lui permet d'attaquer la délibération (3) ; quant à nous, avec la majorité de la doctrine, nous lui refusons toute action. Les principes généraux de la tutelle défendent en effet au mineur d'agir par lui-même (4). Il ne peut agir que par l'intermédiaire

1. Nancy, 7 janvier 1899. D. 1900. 2. 273.

2. Laurent, IV, n° 467.

3. Delvincourt, I, p. 108, note 3.

4. Baudry et Chéneaux, IV, p. 480. — Demolombe, III, n 340.

de son tuteur ; décider autrement, serait troubler l'organisation de la tutelle, organisation fondée sur ce principe que le mineur est incapable et qu'il lui faut un représentant.

Quid du ministère public ? La négative ne fait pas de doute (1). On lui refuse en effet le droit de provoquer la convocation du conseil de famille parce qu'il ne peut agir en cette matière par voie d'action directe, *a fortiori* ne peut-il attaquer une délibération. On invoque l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 qui lui permet de poursuivre l'exécution des lois intéressant l'ordre public, c'est en vain ; l'article 883 du Code de procédure civile ne mentionne pas le ministère public (2). Pour la même raison, il faut décider qu'il ne pourra faire appel des jugements homologuant des délibérations du conseil de famille (3).

Doit-on enfin reconnaître le droit de recours au juge de paix (4) ?

Oui, disent certains auteurs (5). « Vous reconnais-

1. Aubry et Rau, I, § 96, p. 617. — Baudry et Chéneaux, IV, p. 480. — Delvincourt, I, n° 281. — Cass., 26 août 1807. S. 1807.1. 437. — Cass., 8 mars 1814. S. 1814.1. 278.

2. Orléans, 23 février 1837. Cpr § 46, texte et note 13, § 94 texte et note 1. — D. au mot *minorité*, n° 254.

3. Cass., 27 juin an XII. — D. au mot *ministère public*, n° 144-1°.

4. Baudry et Chéneaux, IV, p. 580. — Aubry et Rau, I, § 96, p. 617.

5. Demolombe, VII, n° 337. — De Croos, *Code des tutelles*, II, p. 174.

sez ce droit aux membres du conseil de famille ; *a fortiori* vous devez agir de même pour le juge de paix qui en est le membre principal, ayant voix prépondérante en cas de partage (art. 416 du C. civ.). » De plus s'il fait partie de la minorité, il doit pouvoir se prévaloir de l'article 883 du Code de procédure civile ; et si, étant seul de son avis, par conséquent la délibération n'étant pas unanime, on lui refusait tout recours, on violerait formellement l'article 883. On objecte qu'il ne peut être intimé sur le pourvoi, mais ne peut-il se pourvoir lui-même ? Enfin l'intérêt du mineur exige que le juge de paix puisse attaquer une délibération surtout dans les campagnes où l'ignorance des parents, les difficultés que présentent les formes judiciaires favorisent la négligence des tuteurs.

Cette thèse est séduisante et cependant l'on doit la repousser. Le juge de paix est sans doute membre du conseil de famille, mais le mot « membre » employé par la loi ne le vise nullement ; il désigne les parents, amis, alliés. De plus, si le juge de paix peut exercer le recours, par identité de motifs il faudrait admettre que l'action en nullité pourra être désignée contre lui. Cette déduction est inadmissible comme nous le démontrerons dans le chapitre suivant. Enfin comme le dit Laurent, si le juge de paix est un membre du conseil, un « membre né » c'est un membre modérateur qui ramène les débats à de sages

limites et qui doit rester en dehors des discussions irritantes (1).

II. — *L'annulation de la délibération est demandée non au compte du mineur mais par un tiers dans son propre intérêt.*

Nous avons déjà traité cette question dans notre premier chapitre. Il nous suffit de rappeler que si l'annulation d'une délibération demandée dans l'intérêt du mineur pour un motif tiré du fond ou pour vice de forme, il faut distinguer soigneusement entre ces deux hypothèses lorsque l'annulation est demandée dans le seul intérêt des biens.

Un tiers peut attaquer une délibération quant au fond si elle compromet ses intérêts notamment dans les cas prévus par les articles 440, 448, 454, 455 du Code civil.

Si l'annulation est demandée pour vice de forme et que ce vice soit substantiel, toute personne pourra attaquer la délibération. Si le vice n'est pas substantiel, il n'y a qu'une simple irrégularité, la délibération n'est qu'annulable. La nullité dont elle est entachée, est relative ; elle ne pourra être invoquée que par le mineur ou en son nom et les biens sont donc dans ce cas sans qualité pour attaquer la délibération.

1. Baudry et Chéneaux, IV, p. 480. — Laurent, VI n^o. 467. — Aubry et Rau ; I, §. 96, note 4. — Huc, III, p. 319.

CHAPITRE IV

Des Personnes contre lesquelles le Recours peut être exercé

La demande en annulation d'une délibération doit être dirigée contre les membres qui ont été d'avis de la résolution, sans qu'il y eût à distinguer si elle est intentée pour un motif tiré du fond ou pour vice de forme. La loi est formelle sur ce point. Il est regrettable toutefois, dans l'intérêt du mineur, que la loi n'ait pas, en pareil cas, permis à la majorité des membres de désigner l'un d'eux pour défendre la délibération. Ce procédé aurait été plus simples et moins dispendieux.

Tel est le principe et cependant certains auteurs prétendent que si l'application de l'article 883 du Code de procédure civile ne fait aucune difficulté lorsque la délibération est attaquée quant au fond, cette application cesse lorsque le recours est exercé pour vice de forme. Dans ce dernier cas, la demande devra être formée non plus seulement contre les

membres qui ont été d'avis de la résolution, mais contre tous les membres de l'assemblée familiale. En effet, si tous n'ont pas voté la décision, tous y ont du moins concouru par leur présence : et de ce fait ils ont concouru à la nullité (1).

Cette distinction doit être repoussée car elle ne se trouve pas dans la loi ; de plus attaquer une délibération pour vice de forme, n'est-ce pas demander qu'elle ne produise aucun effet au fond (2) ?

Généralement on est d'accord pour ne pas comprendre le juge de paix parmi les personnes à intimer sur le pourvoi contre la délibération. Il est membre du conseil de famille en ce sens qu'il est un élément essentiel lors des délibérations, mais non en ce sens qu'il doit être partie dans les procès sur la validité de ces délibérations. Magistrat, c'est seulement comme fonctionnaire qu'il pourrait être recherché par suite de ses fonctions dans un conseil de famille. La demande en nullité ne pourrait être exercée contre lui qu'avec l'autorisation nécessaire pour mettre en cause un fonctionnaire de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire par la prise à partie et lorsqu'il y aura dol ou fraude de sa part (3).

1. Zachariæ, I, § 204, note 13.

2. Laurent, IV, n° 468. — Baudry et Chéneaux, IV, n° 435. — Huc, III, n° 320. — Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 6.

3. Cass., 29 juillet 1812, S. 1813. I. 32. — Zachariæ,

Donc seuls les membres du conseil partisans de la mesure adoptée, doivent être actionnés, à l'exclusion du juge de paix, lorsque l'annulation de cette mesure est demandée. Il en est ainsi par exemple de la délibération qui admet les excuses proposées par le tuteur ou le subrogé tuteur ou qui refuse de prononcer leur destitution, et dont on réclame l'annulation dans l'intérêt du mineur. Cette demande en nullité est d'ailleurs dispensée du préliminaire de conciliation (art. 883 C. pr. civ.) parce que la loi la considère comme requérant célérité (1). Mais si la délibération avait été prise à l'unanimité, devra-t-on assigner tous les membres du conseil? Oui, répond M. Huc (2), mais de l'avis de cet auteur, il serait plus simple de s'adresser directement au tuteur sauf à celui-ci à mettre en cause les membres du conseil qui d'ailleurs auraient le droit d'intervenir dans l'instance s'il le jugeaient utile (3).

I, § 204, note 14. — Demolombe, VII, n° 343. — De Croos, II, p. 174. — Aubry et Rau, I, § 96, note 7. — Laurent, IV, n° 468. — Baudry et Chéneaux, IV, n° 435.

1. V. Fuzier-Hermont au mot conciliation, n° 263.

2. Huc, III, n° 320.

3. Les membres du conseil doivent encore être actionnés lorsque la délibération attaquée a prononcé l'émancipation du mineur. Toulouse, 22 février 1854. — S. 54. 2. 197; D. 54. 2. 239. — Metz, 31 mai 1870. — S. 71. 2. 107. — D. 70. 2. 194. De même lorsque la délibération a prononcé l'émancipation d'office et sans que le mineur l'ait demandée. Mais dans ce cas d'après les arrêts précités, le curateur doit être

Cette règle qui exige que la demande en annulation soit dirigée contre les membres qui ont été d'avis de la résolution, s'impose-t-elle encore lorsque la délibération est attaquée non plus dans l'intérêt du mineur, mais par un tiers dans son propre intérêt, par exemple par un tuteur dont les excuses ont été rejetées ?

Nous répondons par l'affirmative. L'article 883 (C. de proc. civ.) pose une règle générale dont l'article 441 du Code civil confirme l'application, en déclarant que les membres qui auront rejeté les excuses du tuteur « pourront être condamnés aux frais de l'instance. » Cet article suppose donc évidemment que la demande tendant à faire admettre ses excuses, doit être dirigée contre eux (1). Faut-il dire de même, lorsque le conseil a prononcé l'exclusion ou la destitution du tuteur ?

Aux termes de l'article 448 du Code civil, le tuteur exclu ou destitué peut agir contre le subrogé tuteur et contre les membres du conseil de famille. Mais l'article 883 du Code de procédure civile, qui a une portée générale, n'a-t-il pas voulu déroger à cet article 448 ?

Certains auteurs estiment que ces deux articles

mis en cause, sans que la mise en cause du pupille soit nécessaire dans l'instance ouverte sur l'action formée par le tuteur en nullité de cette délibération.

1. Aubry et Rau, § 96, texte et note 32.

sont applicables, et que le tuteur est libre d'assigner à son choix soit le subrogé tuteur en vertu de l'article 448 (C. civil), soit les membres du conseil de famille en vertu de l'article 883 (Code de proc. civile) (1). Cette théorie n'a pas conquis beaucoup de partisans et la controverse subsiste entre les opinions extrêmes. D'après d'autres auteurs, l'article 448 ne constitue pas une règle exceptionnelle, puisqu'il a été abrogé par l'article 883, et le tuteur destitué dirigera son action non contre le subrogé tuteur mais contre les membres du conseil de famille (2).

Leur opinion, comme l'arrêt qui la sanctionne, s'appuie sur l'antériorité de l'article 448 par rapport à l'article 883 (3). Cet arrêt fait remarquer que l'article 448 appartient à un corps de lois qui a pour objet « de déclarer les droits et non d'en régler l'exercice, et que par conséquent on ne peut le considérer comme dérogeant à l'article 883 ; que le Code de procédure civile étant intervenu dans le but d'organiser en la forme les actions qui tirent leur principe de la loi civile, doit avoir en ce qui touche cette forme une autorité prédominante. Enfin l'arti-

1. Proudhon, II, p. 349. — Chauveau sur Carré. Proc. civ., n° 2997.

2. Toullier, II, n° 1178. — Delaporte, II, p. 425. — Paris, 11 août 1881. S. 82. 2. 62. P. 82. 1. 339.

3. Paris, 11 août 1881. S. 82. 2. 62.

cle 883 est général et ne comporte aucune exception » (1).

Une troisième opinion plus généralement suivie semble préférable, le tuteur exclu ou destitué actionnera le subrogé tuteur.

L'article 448 doit en effet recevoir son application ; l'article 883 du Code de procédure civile n'est venu nullement le modifier en vertu de ce principe. « *Generalia specialibus non derogant* ». Le premier de ces deux articles prévoit un cas spécial : un tuteur qui réclame contre la destitution qui le frappe, l'autre s'applique à tous les autres cas non prévus par le Code civil. De là cette conséquence, que l'action du tuteur destitué doit-être dirigée contre le subrogé tuteur et seulement contre lui.

D'ailleurs si l'on permettait au tuteur de mettre en cause les membres du conseil de famille, on porterait une grave atteinte à cette indépendance que la loi a tant voulu leur assurer, indépendance d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de prendre, une mesure sévère et importante. Peut-être même hésiteraient-ils à faire leur devoir, et d'exclure de la tutelle un tuteur indigne ou incapable dans la crainte d'un procès à soutenir personnellement avec lui.

De plus l'article 448 (C. civ.), contrairement à

1. Paris, 11 août 1881. S. 82. 2. 62.

l'article 883 (C. de proc. civ.) qui veut qu'on assigne tous les membres de la minorité, ne met qu'un seul défendeur en scène : le subrogé tuteur. Or, comme le disent certains auteurs, c'est le contradicteur naturel du tuteur principalement quand il s'agit de destitution (1).

Donc à notre avis l'article 448 n'a pas été abrogé par l'article 883 et de ce fait nous écartons l'opinion intermédiaire que nous avons tout d'abord signalée. Les articles 448 et 883 sont en effet l'un et l'autre impératifs, et si l'on admet qu'ils s'appliquent tous deux à la même hypothèse, il est manifeste qu'ils s'excluent l'un et l'autre et que dans ce cas il faut faire un choix.

Dans le cas où une mère remariée attaque une délibération qui refuse de la maintenir comme tutrice de ses enfants mineurs, doit-on adopter une solution analogue ?

Cette question est délicate et l'on hésite à la trancher. Il y a une grande ressemblance entre la situation du tuteur destitué et la mère non maintenue comme tutrice. C'est une véritable destitution que

1. Baudry et Chéneaux, IV, p. 481. — Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 34. — Zachariæ, I, § 204, note 15. — Demolombe, III, n° 344. — Huc, III, n° 320. — Laurent, IV, n° 468. — Duranton, III, n° 477 et 514. — En ce sens Liège, 7 mars 1831. S. 34.3. 118. — Cass., 7 avril 1875. S. 77.1.469. — Montpellier, 14 mai 1883. S. 85.2.50.

celle-ci subit et le recours exercé par elle devrait être soumis aux mêmes règles que le recours du tuteur qui réclame contre son exclusion, car à même problème même solution. Il serait donc logique de dire que la mère procédera régulièrement en assignant, non les membres du conseil de famille parties à la délibération, mais le subrogé tuteur (1).

L'article 884 du Code de procédure civile doit cependant recevoir son application. La procédure fort simple de l'article 448 du Code civil est exceptionnelle et doit être limitée au cas qu'elle vise. Sans doute on nous objectera que les deux hypothèses se ressemblent ?

C'est une erreur. La ressemblance n'est pas aussi grande qu'on le croit au premier abord. Comme le dit le tribunal de Rouen (2) : « Il ne s'agit pas en pareille matière d'une mesure qui ne puisse être prise qu'autant que la mère ou son nouvel époux se trouveraient dans un des cas de destitution limitativement prévus par la loi. Il y a lieu seulement d'apprécier un ensemble de circonstances desquelles résultera non la destitution mais uniquement une décision sur le point de savoir si la tutelle sera ou non maintenue, à l'exclusion de toute expression injurieuse ou offensante,

1. Montpellier, 14 mai 1883. S. 85. 2:50; P. 85. I. 322.

2. Trib. civ. Rouen, 2 juin, confirmé par arrêt de la Cour du 27 juillet rapporté dans Dalloz, *Jur. Gén.* V^o *Minorité*, N^o 170.

et même aussi de toute question d'honneur et de dignité personnelle. » Le procès se déroulera donc entre la mère et tous les membres de la majorité du conseil de famille (1).

Enfin la demande qui serait formée par le subrogé tuteur en annulation d'une délibération qui l'a exclu ou destitué, resterait sous l'application de la règle générale formulée par l'article 883 du Code de procédure civile (2) (arg. art. 426, al. 2).

1. Baudry et Chéneaux, IV, n° 435. — Besançon, 29 janv. 1896. D. 97. 2. 3p5. Trib. Saint-Lô, 28 juillet 1897. D. 98. 2. 505 note de M. Biville.

2. Aubry et Rau, I, § 96, note 33.

CHAPITRE V

Procédure

§ 1. — *Introduction du recours*

Il faut distinguer tout d'abord si la délibération du conseil de famille doit ou non être soumise à l'homologation du tribunal. Dans le premier cas on peut se contenter de faire opposition à la demande en homologation par acte extrajudiciaire (1) (art. 888. Code de pr. civ.). L'article 888 permet à ceux qui ont le droit d'opposition de faire opposition au jugement s'ils n'ont pas été appelés dans l'instance. Quant à ceux qui ne se sont pas opposés à l'homologation par acte extrajudiciaire, ou qui, l'ayant fait n'ont pas comparu quoi qu'ils aient été appelés, ils

1. Baudry et Cheneaux, IV, p. 482

ne peuvent faire opposition au jugement d'homologation (1).

Si la délibération n'est pas sujette à homologation ou si l'homologation est accordée, l'opposition à homologation ne peut plus être faite, et le recours sera exercé par voie d'action. Ainsi un tuteur qui avait été destitué fit opposition à l'homologation de la délibération et cette opposition fut déclarée non recevable par deux arrêts : l'un de la Cour de Nîmes, l'autre de la Cour de Rennes (2). La Cour d'Orléans a décidé aussi qu'un tuteur avait régulièrement procédé en réclamant par action directe son maintien dans la tutelle (3). Dans la rigueur des principes, l'action directe est en effet plus régulière que l'opposition car elle est plus conforme à la disposition finale de l'article 448 du Code civil (4).

Mais comment cette action sera-t-elle intentée, en un mot quel sera la procédure à suivre ?

Le poursuivant retire du greffe de la justice de paix une expédition de la délibération, et il la signifie aux membres sur l'avis desquels elle a été prise. En même temps il leur donne assignation pour comparaître au délai de la loi devant le tribunal compétent.

1. Carré, III, n° 3007. *Im. Gén. V° Minorité*, n° 268

2. Nîmes, 8 juillet 1834. — Rennes 31 août 1818. *Jur. Gén. V° Minorité*, n° 384

3. Orléans, 12 janvier 1850. D. 50. 1. 60.

4. Req. déc. 1849. D. 50. 1. 77. — Cass., 7 avril 1875. D. 77. 1. 371.

L'assignation doit donc contenir copie de la délibération (1), mais cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité et on ne saurait opposer à l'action en nullité une fin de non-recevoir tirée du défaut de copie en tête de l'assignation (2). Le défaut de signification de la copie n'entraîne pas, par conséquent, la nullité de l'assignation. D'ailleurs, d'après l'article 1030 (C. de pr. civ.) aucun exploit ou acte de procédure ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. Or l'article 883 (C. de pr. civ.), n'impose pas la signification de cette copie et si l'on exige cette formalité, c'est par application de l'article 65 du Code de procédure civile, aux termes duquel il doit être donné avec l'exploit, copie des pièces sur lesquelles la demande est fondée, mais cette disposition de l'article 65 n'est nullement prescrite à peine de nullité (3).

L'assignation contient aussi des conclusions tendant à ce que la délibération soit annulée ou modifiée suivant les circonstances et non point seulement, comme on pouvait le croire, à ce que le conseil soit convoqué pour délibérer à nouveau. Si c'est une personne étrangère qui attaque la délibération, l'as-

1. Rennes, 31 août 1818. *Jur. Gén.* V° *Minorité*, 258-1 ; 260,

2. Carré et Chauveau. *Quest.* 2999. — Bonneau et Laisney, n° 48. — Bioche, n° 66.

3. Trib. de Senlis, 28 févr. 1894. *Sirey* 94. 2. 218 ; *D. P.* 95. 2. 227.

signation doit être donnée au tuteur, sauf à celui-ci à mettre en cause les membres du conseil de famille ou à ces derniers d'intervenir.

Enfin, si des membres partisans de la délibération attaquée n'ont pas été assignés, ils peuvent cependant intervenir dans l'instance (1).

§ 2. — *Compétence.*

La demande en nullité d'une délibération est portée directement devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel le conseil s'est réuni. L'article 883 du Code de procédure civile la dispense du préliminaire de conciliation par application de l'article 49 du même Code qui exempte de cette formalité les demandes qui requièrent célérité.

Cette règle de compétence n'est pas absolue. Sans doute, si la délibération n'a pas été exécutée et s'il s'agit d'en empêcher l'exécution, le tribunal compétent pour statuer sur le recours intenté au nom du mineur ou au nom d'un tiers, sera celui dans le ressort duquel le conseil a été tenu. Mais, s'il s'agit d'une délibération qui a été exécutée et que le recours soit intenté pour revenir sur ce qui a été fait, la solution est différente. Ce recours consistant en une demande en nullité d'un acte juridique, suit dès lors,

1. Caen, 13 déc. 1897. D. 1898. 2.505.

au point de vue de la compétence, les règles générales du Code de procédure civile : le tribunal compétent sera celui du domicile du défendeur suivant le principe général de notre droit : « *Actor sequitur forum rei* (1). »

Pourquoi la compétence n'est-elle pas la même dans ces deux cas ?

Le tribunal compétent, lorsque le recours est intenté avant que la délibération ne soit exécutée, est celui du ressort de l'assemblée parce qu'il s'agit non pas précisément d'une demande principale, mais seulement de l'exécution d'un procès-verbal émané du juge de paix, président de l'assemblée (2). Ce tribunal est saisi comme juge en premier ressort, les délibérations n'étant pas des jugements et la présence du juge de paix n'ayant pas pour effet de changer le conseil de famille en tribunal. Aussi comment a-t-on pu contester cette compétence et surtout comment certains auteurs ont-ils pu prétendre que le recours devrait être porté devant le juge de paix ? Cette prétention, faut-il l'ajouter ? a été généralement repoussée (3).

1. Cass., 17 déc. 1849. S. 50. 1. 299; D. 50. 1. 77.

2. Lepage. Questions, p. 582. — Chauveau sur Carré, II, p. 486.

3. Garsonnet, II, p. 227. — Bioche, n° 67.

§ 3. — *Rôle du Tribunal.*

La cause sera jugée sommairement, dit l'article 884 (Code de pr. civ.). Donc les recours seront jugés sur simple acte, sans autres procédures ni formalités, dispensés du tour de rôle, et à l'audience pour laquelle assignation a été donnée ou à celle où les parties se présentent pour conclure ; les demandes incidentes seront simplifiées et, s'il y a lieu à enquête, elle sera publique.

Désormais toutes les obligations de la procédure sont satisfaites, le tribunal n'a plus qu'à se prononcer. Or, comment devra-t-il statuer, est-ce comme juge en premier ressort, ou comme juge d'appel ?

De prime abord, une telle question semble dénuée de tout intérêt. Si le tribunal se prononce comme juge en premier ressort, la délibération disparaît par voie d'annulation ; si c'est comme juge d'appel, elle disparaît encore par voie d'infirmité. Il semble donc qu'il importe peu de distinguer en quelle qualité le tribunal devra statuer, puisque le résultat est toujours le même et que la délibération disparaît dans tous les cas.

Cette question présente cependant un intérêt primordial : elle touche au rôle du tribunal, aux pouvoirs qu'il convient de lui reconnaître lorsqu'il est saisi d'un recours. S'il agit comme juge en premier

ressort, il ne peut qu'annuler la délibération ; mais si on lui reconnaît le droit d'agir comme une juridiction d'appel, il fera ce que fait toute juridiction d'appel en vertu de l'effet dévolutif de l'appel : il substituera sa volonté à celle du conseil de famille. Dans ce dernier cas, que deviennent les principes qui dominent notre système tutélaire ?

Si dans la composition du conseil, une irrégularité s'est glissée, la nullité de la délibération sera demandée au tribunal pour vice de forme. Cette nullité prononcée, le conseil de famille sera réuni pour prendre une délibération régulière. Donc en ce qui concerne un recours exercé pour vice de forme il n'y a pas de difficultés (1).

Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'un recours au fond.

L'article 883 du Code de procédure civile permet à certaines personnes de se « pourvoir » contre la délibération. Ses termes mêmes permettraient de supposer que ces personnes font appel devant le tribunal d'une sorte de décision judiciaire rendue par le tribunal familial présidé par le juge de paix. S'il en était ainsi, le tribunal, s'il approuvait la délibération, rejetterait le recours intenté contre celle-ci, et la délibération s'exécuterait. Mais s'il ne l'approuvait

1. *Jur. Gén.*, V° *Minorité*, n° 247. *Suppl. au répertoire*, V° 168, 169.

pas, il ferait ce que fait toute juridiction d'appel, il substituerait sa décision à celle prise par le conseil de famille, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel.

Ainsi supposons que le conseil ait nommé un tuteur et que sa décision soit attaquée. Le tribunal en infirmant la délibération pourrait substituer comme juge d'appel sa volonté à celle des membres du conseil et désigner un autre tuteur. Mais un tel pouvoir ne peut être reconnu aux tribunaux puisque la loi ne leur accorde pas.

Soit un autre exemple : L'Assemblée familiale refuse de consentir au mariage du mineur, le recours ayant été exercé, le tribunal pourra-t-il annuler la délibération et autoriser le mineur à contracter mariage ?

La Cour de Bruxelles s'est prononcée pour l'affirmative (1). Elle a décidé que non seulement un tribunal peut annuler une délibération qui refuse de consentir au mariage du mineur, mais encore que ce tribunal peut donner lui-même son consentement au mariage et régler les conventions matrimoniales qui l'accompagnent. « Attendu, dit cet arrêt, que dans l'exposé des motifs fait le 16 ventôse an XI au Corps législatif, Portalis se borne à dire au sujet de l'article 160 que le conseil de famille exerce une véritable magistrature domestique, ce qui n'implique

1. Bruxelles, 11 juin 1890. D. 91.2.249.

nullement que les décisions des conseils ne soient pas susceptibles d'opposition (1) ».

Nous approuvons cet arrêt sur le premier point, nous le repoussons quant au second. Tout au long de cette thèse nous nous sommes prononcés pour le contrôle de l'autorité judiciaire : quel que soit l'objet de la délibération, les tribunaux peuvent l'annuler, c'est leur droit, à notre avis. L'article 883 a généralisé en effet l'exercice du droit de recours et aucune délibération n'échappe à sa portée générale. Ce système nous semble le plus favorable aux intérêts du mineur et réalise le désir de Mouricault en combinant la protection de la famille avec celle de la justice (2).

Mais permettre aux tribunaux de se mettre au lieu et place des conseils de famille, c'est exagérer notre système d'une manière trop excessive. Il est évident qu'un tribunal ne peut empêcher le mariage qu'un conseil de famille a autorisé, mais comment pourrait-il autoriser un mariage auquel le conseil a refusé de consentir ?

De plus, dans le Titre du Mariage, on ne trouve

1. La jurisprudence belge applique depuis longtemps le droit commun à la délibération relative au mariage du mineur. Quelques sous-auteurs en France ont adopté un système, Valette sur Proudhon. *Traité de l'Etat des Personnes*, I, p. 399 note 2.

2. Chapitre I.

aucun article qui suppose ou laisse supposer, qu'un mariage puisse dépendre de la volonté des tribunaux. L'autorité judiciaire, gardienne des intérêts de l'incapable, sortirait de ses attributions en prenant une décision que seul le conseil de famille peut prendre. Son seul droit consiste, après avoir annulé la délibération, à ordonner la convocation d'un nouveau conseil. La délibération relative au mariage du mineur est toute spéciale : C'est la famille qui délibère sur un acte qui l'intéresse au suprême degré. Le Code civil lui même emploie le mot famille, de préférence au mot conseil de famille, notamment dans les articles 73 et 76. En autorisant ou en refusant de consentir au mariage, le conseil de famille accomplit un acte de juridiction domestique, seulement susceptible d'annulation par le tribunal (1).

En thèse générale d'ailleurs, le tribunal ne peut empiéter sur les attributions du conseil de famille. Qu'il s'agisse de la nomination du tuteur, du mariage du mineur, du convol en secondes noces de la mère tutrice, des causes d'excuses, d'exclusion ou de destitution de la tutelle, le tribunal ne

1. L'article 76 énonce avec soin toutes les mentions que doit contenir l'acte de mariage, il ne parle pas du consentement du tribunal. Voyez aussi l'article 73, le silence est significatif.

peut qu'annuler la délibération qu'il juge irrégulière ou contraire aux intérêts du mineur.

Et de ce principe que le tribunal ne peut qu'annuler la délibération découlent ces conséquences :

1° Ne pouvant modifier la délibération, ni substituer sa volonté à celle du conseil, il ne juge donc pas en tribunal d'appel et le recours exercé devant lui n'est pas un appel. C'est ce que la Cour de Besançon a admis implicitement dans un arrêt du 29 janvier 1896, car, comme le fait remarquer M. Biville, si le tribunal de Besançon avait statué comme tribunal d'appel, un appel devant la Cour n'eut pas été possible contre la décision de ce tribunal : Appel sur Appel ne vaut (1).

2° Les décisions des conseils de famille ne sont pas des jugements car ces conseils ne constituent pas un premier degré de juridiction et le recours dont il est question dans l'article 883 n'est qu'une action principale en nullité sur laquelle le tribunal statuera en premier ressort (2).

3° Les tribunaux n'étant pas des juges d'appel, leurs jugements sont susceptibles des voies de recours ordinaires. Appel (art. 879), opposition (art. 149 et s. du C. pr. civ.) (3), tierce opposition.

1. Besançon, 21 janvier 1896. D. 97.2.305.

2. Garsonnet VI, p. 224, § 1293.

3. Besançon, 21 janvier 1896. D. 97.2.305.

On peut aussi se pourvoir contre eux devant la Cour suprême.

4° Enfin le recours n'étant pas un appel, il n'y a pas lieu de suivre les règles de l'appel notamment en ce qui concerne le délai dans lequel il doit être intenté. La loi n'a édicté, en cette matière, aucune prescription particulière.

Elle a supposé évidemment que le recours sera exercé avant que la délibération soit ramenée à exécution. On ne saurait en effet étendre à cette hypothèse la disposition de l'article 439 qui accorde au tuteur et au subrogé tuteur un délai de trois jours pour faire valoir leurs excuses devant le conseil de famille.

L'on peut faire à notre thèse une grave objection : Que devient ce contrôle des tribunaux sur toutes les délibérations d'un conseil de famille, s'ils ne peuvent que les annuler ? Le conflit sera sans issue entre un tribunal annulant la nomination d'un tuteur qu'il ne peut nommer lui-même et un conseil qui persiste dans son choix ! Cette situation étrange peut se produire dans une foule d'autres cas.

Nous ne pouvons répondre que ce contrôle ne sera que passif car si nous reconnaissons simplement aux tribunaux le droit d'annulation et non celui d'empiéter sur les attributions des conseils de famille, c'est qu'aucun texte ne le permet. Si ces textes existaient, la discussion serait inutile et notre

régime tutélaire reposerait sur le principe de la haute tutelle d'Etat et non sur la tutelle de la famille.

Mais ce contrôle passif n'en a pas moins son importance. Ainsi, lorsqu'il s'agit de la nomination du tuteur, le recours exercé devant le tribunal constitue une garantie pour le mineur contre le mauvais choix de l'Assemblée. S'il y a conflit, si celle-ci persiste dans sa volonté, le juge de paix peut modifier la composition de l'Assemblée dans une certaine mesure. Le nouveau conseil prendra peut-être une mesure plus conforme avec les intérêts de l'incapable.

Donc par ce seul droit d'annulation, les tribunaux parviennent ainsi à exercer une certaine influence sur l'organisation du personnel de la tutelle sur l'état et la capacité des mineurs. Sans avoir le droit de nommer un tuteur, de consentir au mariage ou à l'émancipation du mineur, ils arrivent à imposer leur opinion au conseil de famille de telle sorte qu'on peut dire avec Demolombe, que c'est en définitive leurs avis qui est suivi (1).

Enfin le législateur sous l'influence des idées modernes tend à donner aux tribunaux un rôle vraiment actif. Par la loi du 24 juillet 1889, par le projet de loi du 17 juin 1902, il semble adhérer au

1. Sauf appel devant la juridiction supérieure (art. 889, C. pr. civ.).

système de la haute tutelle d'Etat vers lequel inclinent les législations modernes (1).

§ 4. — *Des dépens*

Conformément à l'article 130 du Code de procédure civile les dépens sont mis à la charge de la partie perdante. Donc, si la délibération dont on demande l'annulation est maintenue par le tribunal comme valable et conforme aux intérêts du mineur, le demandeur en nullité supportera les frais de justice. Il faut décider de même alors que le demandeur serait le tuteur ; celui-ci, comme tout autre administrateur peut être condamné personnellement aux dépens quand il compromet les intérêts qu'il est chargé de défendre. Or il les compromet s'il engage le mineur dans un procès injuste et mal fondé (2).

Si au contraire le tribunal prononce, par exemple pour incompétence, la nullité d'une délibération nommant un curateur à un mineur émancipé, les dépens doivent être mis à la charge du mineur et employés en frais de tutelle (3).

1. Nîmes, 15 février 1885. S. 87.2.172. — Paris, 28 juillet 1872. D. 92.2.544.

2. Dijon, 22 décembre 1855. S. 66.2.1112 ; D. 66.2.39.

3. Metz, 31 mai 1870. S. 71.2.107 ; D. 70.2.194. Dans une espèce semblable un arrêt (Rennes, 12 août 1318) a compensé les dépens entre les parties. *Voy. Jur. gén. Minorité*, n° 262 ; frais et dépens, n° 796. Il est dit que les dépenses peuvent être compensées par les tribunaux conformément à l'article 131 du Code de procédure civile.

La règle de l'article 130 du Code de procédure civile ne s'applique pas cependant d'une façon absolue en ce qui concerne les recours exercés contre les décisions familiales. Les frais faits par la partie qui succombe ne sont pas toujours à sa charge ; les tribunaux peuvent ordonner que ces frais seront considérés comme dépenses d'administration.

Plusieurs auteurs protestent avec énergie contre cette prétention de mettre parfois les frais de l'instance à la charge du mineur, alors qu'il n'était pas en cause (1). Leurs protestations sont vaines. Nous croyons par argument de l'article 441 du Code civil, que les juges ont la faculté de déclarer suivant les circonstances, soit que le membre du conseil supportera les frais de sa demande, soit que ces frais passeront en dépenses d'administration (2). Cette opinion se justifie aisément.

Dans une instance ordinaire les intérêts des adversaires sont seuls en jeu ; il est juste que le perdant qui, en contestant à tort les droits de son adversaire, l'a obligé à faire des frais en justice pour que ses droits soient reconnus, paye ces frais. Mais dans les instances dirigées contre une délibération du conseil de famille, il ne s'agit plus que des intérêts du mineur seul et il serait injuste de condamner aux

1. Demiau-Grouzillac, p. 587 et 590. — Pigeau, *Comm.* II, p. 590. — Lepage, *Questions*, p. 581.

2. Loqué, II, p. 497.

dépens le demandeur en nullité qui succombe dans son attaque dictée par la bonne foi et par un sentiment de dévouement pour les intérêts de l'incapable. Au contraire, les juges le condamneront aux dépens, si, en exerçant le recours, il n'agissait que sous l'impulsion d'un sentiment d'hostilité vis-à-vis du mineur. Comme le fait remarquer très justement M. Thomine Desmazes (1) : « les parents que la loi charge de veiller sur la personne et les biens d'un enfant, assez peu disposés souvent à échanger leurs repos contre des contestations et des procès, le seraient bien moins encore s'ils étaient exposés à des frais considérables, chaque fois qu'ils voudraient prendre en main sa défense. »

De même, les membres défendeurs, c'est-à-dire ceux qui ont été d'avis de la délibération attaquée, ne seront pas toujours condamnés aux frais lorsqu'ils auront succombé dans l'instance. Les tribunaux apprécieront si en prenant cette décision, ces membres étaient ou non de bonne foi (2).

Que décider en ce qui concerne les dépens par rapport au subrogé tuteur qui succombe sur la réclamation du tuteur exclu ou destitué ?

Dans l'hypothèse de l'article 448 (C. civil) le

1. Thomine-Desmazes, II, p. 497.

2. Chauveau sur Carré, VI, n° 3000. — Toullier, II, p. 419. — Trib. d'Avranches, 16 mai 1879. *Mon. J. de paix*, p. 244.

subrogé tuteur doit être nécessairement condamné à payer les frais de l'instance, mais il a son recours contre les membres qui ont voté la délibération. « En effet disent certains auteurs, si d'après l'article 441 ceux qui ont rejeté une excuse proposée par un individu appelé à gérer la tutelle, peuvent, suivant les circonstances, supporter les dépens, il doit en être de même de ceux qui ont prononcé une destitution. Il y a même motif pour décider et ce motif c'est l'intérêt du mineur qui ne peut souffrir du caprice ou de la partialité des membres du conseil » (1).

Si le tuteur avait assigné en même temps que le subrogé tuteur les membres qui avaient été d'avis de son exclusion ou de sa destitution, il ne pourrait y avoir de difficulté sur la répartition des frais : Toutes les parties seraient condamnées solidairement aux dépens, si elles avaient agi par fraude.

Quant au juge de paix, il ne doit en aucun cas supporter les dépens, d'ailleurs quand un juge agit d'office, l'administration de l'enregistrement fait l'avance de tous les frais sauf recours (2).

1. Chauveau sur Carré, VI, n° 3001.

2. Instruction du Directeur Général de l'Enregistrement du 3 fructidor an XIII, n° 290, § 3.

APPENDICE

Aux recours contre les délibérations des conseils de famille se rattache l'interprétation de celles-ci.

En effet si le sens d'une délibération est douteux, il n'y a pas lieu d'agir par voie d'action en nullité. C'est au conseil de famille à interpréter sa décision. Ce droit lui appartient quelle que soit la matière et toutes les fois que la nécessité le commande. Si les conseils de famille ne peuvent revenir sur leurs décisions, il est tout au moins logique de leur reconnaître le pouvoir de faire connaître quelle était leur pensée, leur but lorsqu'ils ont pris une résolution sujette maintenant à discussion (1).

1. Huc, III, n° 324. — Baudry et Chéneaux, IV, p. 471. — Paris, 4 décembre 1878 et Cass., 5 août 1879. S. 80.2.193, note de M. Labbé. La Cour suprême autorise par ce dernier arrêt, le conseil de famille à interpréter une décision qu'il a prise et qui fait naître une incertitude. La Cour permet-elle au conseil de rétracter sa décision ? La Cour d'appel avait, plus justement que la Cour suprême, opposé au droit d'interpréter reconnu aux conseils de famille, le droit de réformer une décision, droit réservé aux tribunaux.

Mais si un conseil peut interpréter sa propre décision, il ne peut en aucun cas délibérer sur les décisions des tribunaux afin d'exercer sur elles un contrôle quelconque. Ainsi, il excéderait ses pouvoirs en émettant, dans une délibération, l'avis qu'un tribunal a mal interprété dans un jugement le sens d'une délibération antérieure (1).

I. Grenoble, 31 août 1855. *Rec. Ann. Gren.*, 14, p. 391.
56.2.618. P. 56.2.200 ; D. P. 56.2.123.

Vu : le Président de la thèse,

A. COLIN

Vu : le Doyen,

Ch. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français.
- BARRÉ. — Traduction J. Hartman. Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux. Paris, Berlin, 1899.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHÉNEAUX, BONNECANESE. — Traité théorique et pratique du Droit civil. Des personnes, t. IV (2^e édition). Paris, 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil. Paris, 1900.
- BETJENS. — Encyclopédie du droit civil belge, 1905 (En cours de publication).
- BIOCHE. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale, 5^e édition, 6 volumes. Paris, 1866. V^o conseil de famille, minorité, tutelle.
- CHARDON. — Des trois puissances, 1841-1842, 3 volumes.
- CARRÉ. — Analyse raisonnée et conférences des commentateurs et des arrêts des cours sur le Code de procédure civile. Rennes, 1812, 2 volumes.
- CHAUVEAU sur Carré. — Lois de la procédure civile et administrative, 1872, 9 volumes.
- CROOS (De). — Code des tutelles. Paris, 1885, 2 volumes.
- DELVINCOURT. — Cours de droit civil. Paris, 1834 3 volumes.
- DEMANTE. — Cours analytique du Code civil. Paris, 1849-1884, 9 volumes.
- DEMOLOMBE. — Cours du Code Napoléon. Paris, 1869 à 1882, 31 volumes.
- DEMAU-CROUZILLAC.
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le Code civil. Paris, 1837, 21 volumes.
- DU CAURROY, BONNIER et ROUSTAIN. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. I. Paris, 1848.

- FENET. — Recueil des Travaux préparatoires du Code civil.
- FRÉMINVILLE (de). — Traité de la minorité et de la loi de tutelle.
Clermont, 1845, 2 volumes.
- GARSONNET. — Traité théorique et pratique de procédure civile.
Paris, 1882-1897, 7 volumes.
- HUC. — Code civil. Paris, 1892-1903, 15 volumes.
- HUC et ORSIER. — Code civil Italien et Code Napoléon, 1868,
2 volumes (1^{re} édition).
- LAURENT. — Principes de droit civil français. Bruxelles et Paris,
1870. Avant-projet de révision du Code civil belge,
1882-1885, 6 volumes.
- LOCRÉ. — La législation civile commerciale et criminelle de la
France. Paris, 1827-1829, 16 volumes.
- LEPAGE. — Nouveau style de la procédure civile dans les cours
d'appel, tribunaux de 1^{re} instance, de commerce.
Paris, 1806.
- LEHR. — Eléments de droit civil espagnol. Paris, 1880-1890.
- LEVÉ. — Code civil espagnol. Paris, 1890.
- MAGNIN. — Traité des minorités, tutelles et curatelles. Paris,
1842, 2 volumes.
- MARCADÉ. — Explication du Code civil. Paris (6^e éd.) 6 volumes.
- MERLIN. — Questions de droit.
— Répertoire.
- MEULENAERE (de). — Code civil allemand. Paris, 1897.
- LA GRASSERIE (de). — Code civil allemand. Paris, 1897.
- PLANIOL. — Traité Elémentaire de droit civil (3^e éd.), Paris,
1904, 3 volumes.
- PIGEAU. — Procédure civile. Paris, 1826 (4^e édition), 2 volumes.
- PROUDHON. — Traité sur l'état des personnes. Paris, 1842-
1843, 2 volumes.
- ROUSSEAU et LAISNEY. — Dictionnaire de procédure civile,
8 volumes.
- TAULIER. — Théorie raisonnée du Code civil.

- TOULLIER. — Le droit civil français. Rennes, 1811-1818, 13 volumes.
- THOMINE-DESMAZURES. — Traité de la procédure civile. Caen, 1807, 1 volume.
- VALETTE sur Proudhon. — V^o Proudhon.
- VIGIÉ. — Cours élémentaire de droit civil français. Paris, 1890-1892, 3 volumes.
- ZACHARIE. — Edition Massé et Vergé. Droit civil français. Paris, 1854 à 1860, 5 volumes.

Ouvrages généraux et Recueils de jurisprudence

- Annuaire de législation étrangère. Recueil publié par la société de législation comparée.
- DALLOZ. — 1^o (D. A.) Recueil alphabétique de Dalloz jusques y compris l'année 1824.
- 2^o (D. P.) Recueil périodique de Dalloz continuation en volumes annuels du recueil D. A. depuis 1825 à nos jours.
- 3^o (Jur. Gén.) Répertoire alphabétique avec refonte du Dalloz publié sous le nom de jurisprudence générale depuis 1845 à 1872.
- 4^o (Jur. gén. Supp.) Supplément au répertoire alphabétique ci-dessus.
- FUZIER-HERMAN. — Répertoire général alphabétique du droit français. V^o Conseil de famille.
- Gazette des Tribunaux.
- Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry.
- Journal du Palais.
- Moniteur des Juges de paix.
- Pandectes Françaises.
- Pasicrisie belge. — Recueil périodique de jurisprudence belge.
- SIREY. — Recueil périodique.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Portée Générale de l'article 883, du Code de procédure civile.....	12
CHAPITRE II. — Quelles délibérations peuvent être attaquées et pour quelles causes.....	29
<i>Section I.</i> — Recours formé contre une délibéra- tion avant son exécution.....	29
§ 1. — Du recours pour vice de forme.....	30
§ 2. — Du recours quant au fond.....	50
<i>Section II.</i> — Recours formé contre une délibéra- tion après son exécution.....	71
CHAPITRE III. — Quelles personnes peuvent exercer les recours.....	77
CHAPITRE IV. — Des personnes contre lesquelles le secours peut être intenté.....	93
CHAPITRE V. — Procédure.....	102
§ 1. — Introduction du recours.....	102
§ 2. — Compétence.....	105
§ 3. — Rôle du Tribunal.....	107
§ 4. — Des Dépens.....	115
APPENDICE. — Interprétation des délibérations.....	119

